UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE DERECHO

"DEL ERROR COMUN"

Hermógenes Pérez de Arce Ibieta

Memoria de Prueba
para optar al
Grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de Chile

EDITORIAL UNIVERSITARIA, S. A.
SANTIAGO DE CHILE

Escaneado con CamScanner

UNIVERSIDAD DE CHILE
E S C U E L A D E D E R E C H O

"DEL ERROR COMUN"

HERMOGENES PEREZ DE ARCE IBIETA

Memoria de Prueba para optar
al Grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

1 9 6 1

EDITORIAL UNIVERSITARIA S. A.
Rdo. Sta. Cruz 747, Casilla 10220, Teléf.36252, Stgo.

Escaneado con CamScanner

Santiago, 27 de Agosto de 1959.-

Señor Decano:

Para optar al Grado de Licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, el señor Hermógenes Pérez de Arce Ibieta, ha presentado un estudio sobre "El Error Común".

El tema elegido por el señor Pérez de Arce constituye, en si mismo, una de las materias que más ha apasionado a los estudiosos del Derecho, pues mediante la doctrina de que se trata se ha querido dar solución, conforme a lo que es de equidad, a situaciones que, de ser abordadas con sujeción a la ley positiva, no se cumpliría con la misión que compete a los tribunales, cual es la de administrar justicia, dando a cada uno lo que en estricta equidad está en condiciones de reclamar.

El autor, con profundos conocimientos jurídicos, sitúa la máxima "Error Communis Facit Jus", en el campo de la doctrina, haciendo un completo estudio de sus orígenes, así como de sus fundamentos, todo ello con la mira de darle aplicación en aquellas situaciones en que pugne con el derecho estricto. Inspirado en tal propósito examina, primeramente, cuales son los elementos constitutivos de la institución; y después de examinar y ponderar las diversas versiones que los autores han dado, concluye esbozando una definición que, en verdad es comprensiva de todos los requisitos que la integran. Es así como nos dice: "De las versiones que hemos expuesto, puede colegirse que el error común es "aquél invencible, común a un gran número de personas que, con justa causa y de buena fe, participan en él y cuyo efecto consiste en la validación de actos jurídicos que, en el rigor de la ley deberían ser nulos".

Como se ve, el "Error Común", no es una fuente generadora del derecho, sino tan sólo una forma o manera de validar actos contrarios a la

Escaneado con CamScanner

ley, pero cuya subsistencia es necesario mantener en obsequio de la equidad que, como lo observa el autor, "constituye un complemento de la ley".

Evidentemente, resulta que si el legislador, apoyándose en tales principios, reglamenta casos específicos, v. gr. el matrimonio putativo o la habilidad aparente de un testigo testamentario, las situaciones allí contempladas no constituyen una aplicación de la máxima de que el error común sanea el acto o contrato, puesto que tales consecuencias derivarían directa e inmediatamente de una norma de carácter legal, la cual estaría, a su turno, inspirada en el principio indicado.

A este respecto, es interesante poner de manifiesto que la circunstancia que el legislador del Código Civil haya considerado casos aislados inspirados en la doctrina del error común, es un buen argumento para concluir que la norma no es aplicable, ni aún por analogía a situaciones que, aunque similares no están consideradas por la ley.

En relación con este punto, creo útil aludir a un caso de orden práctico sometido a la consideración de nuestros tribunales y en que nos cupo intervenir. Es el siguiente: En juicio sobre incapacidad de un gremio o cofradía para titular del derecho de herencia, por carecer del requisito de la personalidad jurídica, (artículo 963 del Código Civil) sostuvo la defensa de la demandada que el hecho de habérsele considerado por un lapso superior a 100 años como persona jurídica, puesto que en tal carácter los tribunales le concedieron posesiones efectivas y el Congreso le otorgó subvenciones y el permiso de rigor para conservar bienes raíces, indicaba de que establa amparada por la institución en referencia, ya que los actos enunciados implicaban un error común mantenido por un espacio de tiempo prolongado, todo lo cual constituía títulos suficiente para evidenciar "su existencia", conforme a la norma de que el error común constituye derecho.

Tal argumentación, obvio es decirlo, no prosperó, porque como lo expresa el autor de la memo

Escaneado con CamScanner

ria apoyado en la opinión de Mazeaud "El Error Común" sólo puede tener efecto para el pasado"; y agrega: "bajo pena de mal conocerlo gravemente, él importa, al contrario, y desde el día en que el error es descubierto, que cada uno cesa de participarlo"; y ésto, porque esa máxima "no pretende crear un precepto legal, sino tan sólo proteger a aquellos que de buena fe han caído en error" (página 110 de la memoria del informe).

Concluye el autor citando los fallos que, sobre la materia, han pronunciado nuestros tribunales. Al efecto da a conocer que en sólo dos de ellos se ha reconocido valor al principio.

Como lo manifesté al comienzo de este informe, el señor Pérez de Arce en el desarrollo del tema sobre que versa su memoria, demuestra cabal conocimiento y exacta comprensión de los principios doctrinarios y de orden legal aplicables a esta materia.

Por esta consideración, soy de parecer que la memoria del señor Hermógenes Pérez de Arce Ibieta, es acreedora a que se la califique con distinción máxima (nota siete).

Saluda atte. al Señor Decano

ANTONIO ZULOAGA VILLALON
Abogado

Escaneado con CamScanner

Universidad de Chile
Escuela de Derecho
Casilla 6004.-

1959 - 50.

Señor Decano:

Informando la memoria presentada por don Hermógenes Pérez de Arce Ibieta, titulada "El error común", puedo manifestar lo siguiente:

La máxima "error communis facit jus", a la que se atribuye orígen románico entroncándola con la "Lex Barbarius Philippus", en razón de su antigüedad y del importante problema que encierra, ha debido lógicamente ser objeto de numerosos estudios y no constituye por tanto, un tema nuevo, ni aun entre nosotros, pues hace ya muchos años, se hicieron dos memorias al respecto.

Esa circunstancia no impedía, sin embargo, realizar nuevos aportes sobre el principio jurídico contenido en ese adagio, que por no haberse expresado en textos positivos de general vigencia, continúa siendo objeto de encontradas opiniones. Se justifica por eso esta nueva memoria, en que el autor se propuso superar lo que aquí se ha escrito.

El trabajo está dividido en tres Partes. En la Primera se indica el origen de la máxima y se examina desde un punto de vista histórico, su aplicación en el Derecho Romano y en el de diversos países: Alemania, Portugal, Bélgica, Francia, etc.

La Segunda Parte es de carácter doctrinario y en ella se precisa el concepto de error común; se exponen los fundamentos de la máxima y los requisitos para que funcione; se clasifica el error común y se consignan las características de la máxima; se enuncian los efectos del error común y se le compara con otras instituciones: la prescripción, la cosa juzgada, la imprevisión, etc.

La Tercera Parte está dedicada a la

Escaneado con CamScanner

aplicación práctica del error común ante la doctrina, la jurisprudencia y la legislación chilena. Para ello se la considera a través de diversos grupos de casos: ejercicio ilegal de funciones públicas, personería o capacidad putativa de testigos, mandatarios y guardadores aparentes; titulares aparentes de derechos (heredero, propietario y curador aparente); legalidad putativa de contratos (matrimonio putativo y sociedad de hecho). Al tratar cada uno de los casos de aplicación, se considera la doctrina y la jurisprudencia extranjera y se aprecia la situación en el Derecho chileno y en los fallos de nuestros tribunales.

Con abundante documentación bien aprovechada, el autor ha satisfecho su objetivo, presentando un estudio que en sin duda el más completo sobre la materia que se ha realizado entre nosotros. Revela esta memoria un encomiable esfuerzo de investigación y representa un valioso aporte sobre un problema jurídico que simpre despierta interés.

En consecuencia, el suscrito aprueba la memoria en examen declarándola de mérito sobresaliente (Nota siete).

LUIS BARRIGA ERRAZURIZ
Director del Seminario
de Derecho Privado

Escaneado con CamScanner

I N T R O D U C C I O N

El Derecho no es otra cosa que la ordenación de la vida del ser humano, encaminada a hacer viable la coexistencia de éste con sus semejantes en las mejores condiciones posibles.

La norma jurídica, por lo mismo, no puede ni debe ser un postulado teórico que se aparte de esa noción rectora.

Sin embargo, no sería posible hacer de tal norma jurídica otra cosa que un postulado teórico y general; ni pretender que su enunciado se amoldara enteramente a cada situación práctica determinada en que su aplicación fuera requerida.

De ahí deriva el que, aún en los más estrictos términos jurídicos, sea admitida la restricción o extensión que en relación a su texto ella sufre al ser aplicada por quienes tienen a su cargo esa función. Las circunstancias de orden práctico así lo exigen.

La ley está hecha para el hombre real y tal como es; y no para una abstracción de hombre que reúna en si todas las perfecciones, que sepa la ley a maravillas y que descubra las deficiencias aún más ocultas con prodigiosa videncia. La ley no está hecha para un "homo jurídicus", como le llamó Georges Dereux (1), capaz incluso de darnos preciosas lecciones de Derecho, pero que tiene un solo y único defecto: no existe. El que existe es otro; uno lleno de defectos, pasiones e imperfecciones, que escasamente sabe y actúa en base a lo que ve; y, aún así, según "el cristal con que lo mire". Para él está hecha la ley.

Por eso es que nació la máxima "error communis facit jus", con el fin de hacer más humano el Derecho; con el fin de combatir al "summus jus" que no es otra cosa, al decir de Cicerón, que la "summa

---

(1) Georges Dereux "Etude critique de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi". Revue Trimestrielle de Droit Civil-1907, p. 553.-

Escaneado con CamScanner

injuria", pues el excesivo rigor del Derecho lo convierte en la antítesis de sí mismo.

Cuando ha existido un error común y general, que no pudo humanamente ser evitado sin grave perturbación o embarazo de las relaciones jurídicas, todo aconseja hacer caso omiso de ese error y de las consecuencias jurídicas que el Derecho estricto apareja a su existencia. Debe evitárselo en el futuro, pero también olvidarse que él existió en el pasado. Nada es más importante, diré parodiando a Rollin (1), que discernir bien cuales son los errores que merecen ser sancionados y cuales los que merecen ser perdonados.

Por otra parte, ¿cómo dejar de suponer que es infinito el número de errores que nunca se ha conocido, que aun están en la sombra y simpre en ella permanecerán? Y, sin embargo, ¿no es válido cuanto en virtud de ellos se ha actuado? No puede pues negarse que el error verdaderamente común, aquel que nunca nadie ha podido dejar de compartir, es tan fuerte como el Derecho mismo; en este sentido es que efectivamente el error común constituye Derecho.

La seguridad exige que también valga cuanto se ha actuado en base a un error común descubierto después de dar origen a muchas relaciones jurídicas, que han pasado a formar parte del rodaje vital, y cuya destrucción por la aplicación estricta de la ley significaría, desde luego, un desquiciamiento infinitamente mayor que el dejar a ésta sin aplicación.

El estudio del adagio "error communis facit jus" tiene por fin precisar cuándo, cómo y por qué el error común debe sobreponerse al rigor de la ley. Para realizarlo, se ha dividido el presente trabajo en tres partes: la primera, histórica, en que se da a conocer los orígenes del adagio y su vigencia en diversas legislaciones; la segunda, doctrinaria, en que se esboza una teoría del error común; y la tercera, práctica, en que se estudia la aplicación del adagio y la manera de conformarla a la teoría.

---

(1) François Gorphe. "Le principe de la bonne foi".-

Escaneado con CamScanner

Primera Parte

ORIGEN Y DESARROLLO HISTORICO

Capítulo I

INTRODUCCION

1.- Razón de ser Histórica.-

El Derecho no apareció repentinamente en la vida del hombre. La norma jurídica fue dibujándose lenta y paulatinamente en el tiempo, como el producto de una necesidad nacida de la convivencia social.

Surgieron primero las reglas fundamentales, que daban solución a los problemas más importantes y básicos que provocaba la vida gregaria. Pero su aplicación derivó en la aparición de nuevos conflictos, que requirieron, a su vez, nuevas soluciones. De la repetición de este proceso nacieron las normas jurídicas que podríamos llamar "derivadas", porque tuvieron su origen en situaciónes provocadas por la aplicación de aquellas fundamentales.

Así adquirió contornos un conjunto de disposiciones reguladoras de la vida del hombre en sociedad, que por su carácter obligatorio y coercitivo se llaman "normas jurídicas" y que, agrupadas en dicho conjunto, constituyen lo que conocemos por Derecho.

Con el progreso de la humanidad a través de los siglos, el Derecho fue perfeccionándose y adquiriendo, en razón de esta perfección, mayor fuerza obligatoria. Aún las instituciones que en un comienzo fueron contrarias al Derecho, fueron incorporadas a él, dando así expresión a valores tales como la seguridad, la estabilidad y la buena fe. Dichas instituciones pasaron a llamarse "cosa juzgada", "prescripción", etc.

Pero aún a pesar de haber alcanzado el Derecho tal grado de perfección, ocurrió que la propia limitación de las facultades congnoscitivas del hom-

Escaneado con CamScanner

bre provocó frecuentemente el nacimiento, incluso al amparo de la ley, de situaciones antijurídicas, sin que el defecto que ellas encerraban fuese conocido por quienes pudieran prontamente remediarlo. Antes bien, se las tenía por perfecta y enteramente legítimas, a tal punto que dieron origen a gran número de nuevas situaciones.

Solió ocurrir en casos semejantes que, al descubrirse tal vicio, se pretendió invalidar cuanto de él derivaba, haciendo estricta aplicación de los preceptos legales.

Como ello significaba trastornar un orden ya establecido y muchas veces confirmado por actos de la autoridad misma, e introducir un gérmen de inseguridad en la vida jurídica, se concluyó generalmente que debía hacerse caso omiso del vicio en cuestión, por cuanto el error general que sobre su existencia prevalecía, había tenido la virtud de validar lo que en el rigor del derecho debió ser nulo.

Así, históricamente, el hombre prefirió dejar la ley incumplida, ante la evidencia de que subsanar tal incumplimiento acarrearía un mal mayor que el que se trataba de remediar.

2.- Origen Histórico.-

En la Roma de fines del siglo II de nuestra era, un siervo fugitivo llamado Barbarius Philippus estableciόse como ciudadano libre.

Su clara inteligencia y equilibrado criterio le conquistaron el aprecio general, de manera que en corto tiempo tales virtudes le permitieron ser elegido pretor.

En el desempeño de la pretura Barbarius Philippus sobresalió por las mismas virtudes que le habían permitido obtenerla. Ejerció brillantemente y por largos años su cargo, resolviendo innumerables situaciones que ante él se plantearon. Sus edictos y decretos surtieron plenos efectos jurídicos.

Sin embargo, aun cuando ocultó siempre celosamente su calidad de esclavo fugitivo, que por lo

Escaneado con CamScanner

pronto lo inhabilitaba para ser libre y con mucha mayor razón para ser pretor (para lo cual se requería, por lo demás, ser ciudadano romano, y Barbarius era extranjero);y aún cuando pasaron largos años desde su evasión de un fundo provincial, para este "Jean Valjean" de la antigüedad el destino fue inexorable: sù verdadero estado fue descubierto. De nada valieron méritos ante la rigidez romana. Barbarius Philippus no sólo fue destituído y preso: fue quemado.

De esta historia de hondo y trágico contenido nació la máxima "error communis facit jus", con motivo de la discusión que suscitó el problema de dar validez o declarar la nulidad de todos los actos de Barbarius Philippus (1).

3.- Autor de la Máxima "Error Communis Facit Jus".-

Es ésta una materia que se ha prestado a discusiones, las cuales, con toda seguridad, jamás serán totalmente dilucidadas, porque de ello no se sigue consecuencia ni utilidad algunas.

El autor belga Laurent sostiene que la máxima recibió su redacción actual de otra ley romana, por la cual se interpretaba una palabra de un testamento y que concluía expresando: "error facit jus". Pero, agrega Laurent, (gran detractor de la vigencia del error común) "en esa ley juega un rol muy inocente; se trata de determinar, en base a la opinión común, aunque errónea, y no en base a la exactitud gramatical, el significado de una palabra en un legado. En esa ocasión el jurisconsulto dijo Error facit jus; estaba ciertamente lejos de su mente transformar el error en derecho" (2).

Sin embargo, puede decirse con relativa certeza que la máxima "error communis facit jus" tuvo

---

(1) Francisco Jorquera. Derecho Romano, Tomo I, página 85.-

(2) F. Laurent. Principes de Droit Civil Français. Tomo 13, número 281.-

Escaneado con CamScanner

su origen en una glosa de algún comentarista medieval francés del Derecho Romano, el cual bien puede haberse inspirado en la ley que Laurent cita. Por lo menos así lo dan por establecido la mayoría de los autores.

En efecto, Cremieu sostiene que "la máxima tiene su origen en el antiguo derecho francés. Ignorada en el Derecho Romano, ella fue formulada por la primera vez por nuestros antiguos autores, quienes, comentando las leyes romanas y especialmente la famosa ley Barbarius Phillipus, desprendieron esta regla de soluciones que habían sido admitidas en Roma por motivos de equidad". (1).

De lo que no cabe duda alguna es de que se trata de una interpolación. En ninguno de los comentarios que mereció, tanto a Ulpiano como a Pomponio, la "Lex de Officio Praetorum", o "Lex Barbarius Philippus", como es mejor conocida, se insinúa siquiera que el error común constituya derecho. Pero las interpolaciones no provienen solamente de los glosadores medievales; también las realizaron emisarios del mismo Justiniano, como también de Triboniano, de manera que cabe aún muchas dudas sobre la época del nacimiento del aforismo en estudio (2).

Tampoco existe unanimidad sobre el verdadero tenor de él. En efecto, Merlin, en su Repertorio de Jurisprudencia, sostiene que la máxima reza "error communis jus facit", es decir, trastoca las dos palabras finales de ella. Sin embargo, esta opinión permanece solitaria.

---

(1) Louis Cremieu. "De la validité des actes accomplis para l'heritier apparent". Revue Trimestrielle de Droit Civil. Tomo IX, p. 57.-
(2) A. E. Giffard. "Précis de Droit Romain", p. 77.-

Escaneado con CamScanner

Capítulo II

APLICACION HISTORICA DE LA MAXIMA ERROR COMMUNIS FACIT JUS

4.- Generalidades.-

La aplicación del principio del error común nunca ha provenido de un texto expreso que lo establezca como regla general. Pero a través de la historia se encuentran diversas manifestaciones jurídicas, ya sean leyes, resoluciones judiciales o dictámenes, que lo consagran en casos concretos.

La vigencia del adagio ha provocado, eso sí, la aparición de encontradas opiniones en diversos países, en los que se alínean frente a frente los que defienden la aplicación de él en desmedro del derecho estricto y los que no conciben que la majestad de la ley sea lesionada. Más adelante veremos en detalle estas controversias.

Para el estudio de la aplicación que a través de la historia ha tenido el adagio "error communis...", es necesario agrupar sistemáticamente las situaciones en que ha sido considerado, de acuerdo con la siguiente clasificación: A) Ejercicio ilegal de funciones; B) Testigos inhábiles; y C) Capacidad putativa de los contratantes. La aplicación que se ha dado al adagio a partir de mediados del siglo pasado la consideraremos al examinar los casos en que actualmente recibe aplicación y las discusiones que ello ha suscitado en la doctrina.

5.- A) Ejercicio Ilegal de Funciones.-

A través de la historia se encuentran tres oportunidades, en que el Derecho positivo ha dado aplicación al principio de que el error común constituye derecho respecto al ejercicio ilegal de funciones: La "Lex Barbarius Phillippus", la "Lex de Judiciis et Interlobutionibus" y la Ley 115 del Título

Escaneado con CamScanner

XVIII de la Partida Tercera "De las escrituras porque se pruebab los pleitos", del Código de las Siete Partidas. Las examinaremos en ese orden.

1) Lex de Officio Praetorum o Barbarius Phillippus (1). Vimos más atrás que esta ley romana es citada como el origen del máximo "error communis.." aún cuando todo parece indicar que su formulación proviene de una glosa puesta al margen del texto legal hecha por algún comentarista medieval francés del Derecho Romano.

También se insinuó el problema jurídico que constituyó para el legislador romano determinar si los actos de este pretor, que por múltiples razones jamás debió haberlo sido, deberían ser anulados o confirmados como válidos. El estudio de esta cuestión es lo que deberá preocuparnos, porque de ella derivarán importantes, consecuencias en cuanto se refiere a determinar la generalidad que pudo tener en el Derecho Romano la aplicación del principio del error común y que merecerá un párrafo especial más adelante.

¿Deberían ser anulados el edictro de Barbarius Phillippus, los decretos por él dictados y los demás actos a que concurrió con su supuesta autoridad?

Pomponio primero y, siguiéndole, Ulpiano, dictaminaron que no podía así ocurrir. Este último desarrolla en el Digesto la opinión jurídica que le merece el caso y que reproduzco textualmente por la curiosidad que pueda merecer a quienes dominen el latín:

"L. 3, D. De officio praetorum. Barbarius "Phillippus, quum servus fugitivus esset, Romae prae "tura petiit et praetur designatus est; sed nihil ei "servitutem obstitiese, ait Pomponius, quasi praetor "non fuerit. ¿Atquin verum est, praetura cum functum, "et tamen videamus si servus, quam din latuit digni-"

---

(1) Edouard Bonnier. "Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal", número 471.-

Escaneado con CamScanner

"tate praetoria functus sit, quid dicemus? ¿Quoe "edixit, quoes decrevit, nullius fore momenti? An fo "re propter utilitatem eorum, ¿qui apud enim egerunt "vel lege, vel quo alio jure? Et verum puto, nihil "eorum reprobari. Hoc enum humanius est, quum etiat "potuit populus romanus servo descernere hanc potes- "tatem; sed etsi scisset servum esse liberum effecis "set" (1).

Es una resolución digna de análisis.. En efecto, en ella no se plantea siquiera la posibilidad de que la ley haya sido desconocida al validarse los actos de este falso pretor. Por el contrario el mismo pueblo romano, es decir, la voluntad popular, ha discernido a Barbarius Phillippus la legítima calidad de pretor y borrado, para ese efecto, su condición de esclavo. Y esa voluntad popular que es, en último término, la fuente de la ley misma, ha bastado para validar todos los actos que en rigor debieron haber carecido de valor.

El razonamiento de Ulpiano no satisface desde el punto de vista lógico: jamás estuvo en el ánimo del pueblo romano discernir la pretura a un siervo fugitivo; de manera que mal puede atribuirse a su voluntad la validez del nombramiento.

La verdadera razón, que impulsó a los juris consultos a resolver como lo hicieron, fue otra, y está insinuada en la misma Lex de Officio Praetorum. En efecto, se intercaló en ella la frase "hoc enim humanius est", "porque esto es más humano", más justo, más equitativo y, también, más práctico.

Esta ley es un positivo antecedente que permite afirmar que en Roma nunca se pretendió dar vida a un principio general derogatorio de la majestad de la ley. Al legislador romano eso le habría sonado a aberración, y prefirió buscar un artificio pseudo-lógico que le permitiera salir del paso sin que las conveniencias prácticas sucumbiesen ante la rigidez

---

(1) Edouard Bonnier. "Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal", número 471.-

Escaneado con CamScanner

teórica, pero también sin que la ley inclinara la cerviz ante el error.

Lo anterior es también uno de los antecedentes que ha llevado a concluir que la máxima "error communis facit jus" no fue enunciada en la antigüedad romana sino posteriormente en la Edad Media.

2) Lex de Judicilis et Interlocutionibus (Lex 2 C. (1) Este texto legal romano también suele ser citado como el origen del adagio "error communis..." Sin embargo no hay razón alguna para suponerlo así, puesto que la máxima aparece como una glosa a la Lex Barvarius Phillippus, de manera que necesariamente debió tener su origen en ella.

Pero, sin perjuicio de lo expuesto, es indudable que la Lex 2-C de Judiciis et Interlocutionibus constituye una aplicación evidente del principio en estudio. Las circunstancias que la originaron son muy similares, por lo demás, a las de la Lex Barbarius Phillippus.

En efecto, el caso consistió en que un esclavo liberto recibió de un magistrado una delegación de funciones en virtud de la cual debería desempeñarse como juez árbitro en la resolución de cierta materia litigiosa. Una vez dictado el fallo correspondiente, ocurrió que el árbitro delegado volvió al estado de esclavitud. Formulóse, en consecuencia, la misma cuestión que en el caso anterior: ¿debería dejarse sin efecto lo resuelto? O, por el contrario, ¿debería validarse en atención a factores de orden práctico que prevalecerían sobre el rigor de la ley?

También como en el caso anterior se resolvió dar validez a lo obrado por el magistrado inhábil. Pero nuevamente se buscó una razón que permitiera dejar en pie la majestad de la ley, sin que el error colectivo que significaba el desconocimiento de la calidad de liberto (que constituía un impedimento para el ejercicio del cargo) pudiera derribar-

---

(1) Benjamín Dávila Izquierdo. "Del error común". Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 28, sección Derecho, p. 119.-

Escaneado con CamScanner

la. Dijo el jurisconsulto esta vez que lo resuelto por el árbitro inhábil había producido un efecto de permanencia que impedía entrar a discutir sobre la calidad legítima de juez de quien había ejercido las funciones de tal. Es decir, se aplicó la institución que hoy conocemos con el nombre de "cosa juzgada". Pero en esa época la solución descrita significó no dar vigencia rigurosamente a la norma jurídica, en consideración al error colectivo y excusable que existió sobre la calidad de liberto del falso magistrado, aunque así no lo haya dicho el jurisconsulto romano.

3) Ley 115 del Título XVIII de la Partida Tercera. "De las escrituras por que se prueban los pleitos" (1).

Dentro del famoso Código de las Siete Partidas, la monumental obra que iniciara en 1256 el rey de España don Alfonso X el Sabio y que consistió en unificar en un solo texto legal la legislación foral de las principales ciudades de la península ibérica, hay dos disposiciones que dan aplicación al adagio.

La que nos corresponde estudiar dentro de este párrafo se refiere a las escrituras y a los encargados de extenderlas, los escribanos.

En España, los escribanos públicos sólo vinieron a tener una legislación que rigiera sus funciones y estableciera los requisitos necesarios para ocupar sus cargos con el aparecimiento de las Leyes de Partidas.

Como es natural, al entrar a regir este cuerpo legal hubo muchos escribanos que dejaron de serlo por no reunir los requisitos exigidos por el nuevo Código. Pero también fue frecuente el caso de que otros continuaran ejerciendo sus funciones ilegalmente.

Sin embargo, la Ley 115 de la Partida Tercera había previsto esta situación y establecido nor-

---

(1) Gregorio López. "Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el Nono", Partida Tercera, Título XVIII.-

Escaneado con CamScanner

mas para el caso en que ella se presentara.

Efectivamente, la parte pertinente dice en forma textual que "aquel que muestra la carta en juicio, si se quiere ayudar della, que lo averigüe, "probando que aquel hombre, que dice en la carta que "la hizo, era escribano público, o que en el lugar "donde fue hecha estaba por escribano público, o era "fama entre los hombres de aquel lugar que lo era, y "usaba de aquel menester" (1).

Esta disposición se aplica en forma mucho más definitiva al principio del error común, porque no tiene el carácter particularista de las leyes romanas que antes vimos. Por otra parte, y volveré sobre ello más adelante, es notable la ausencia de lucubraciones teóricas que expliquen esta consagración de la violación de la ley, a diferencia de lo que, hemos visto, ocurría en el Derecho Romano.

6.- B) Testigos Inhábiles.-

El principio que se estudia recibió aplicación también en lo referente a la habilidad putativa de los testigos. Encuéntrase como ejemplo de ello en el Párrafo 7° de las Institutas de Justiniano la "Lex de Testamentis Ordinandii"; y en las Leyes de Partidas la Ley 9 del Título L de la Partida sexta.

Examinaremos ambas disposiciones a continuación:

1) Lex de Testamentis Ordinandii (L. 1 6) (2). Esta disposición expresa, en base a opiniones de Adriano, Severo y Antonino, que se declara regular y válido un testamento otorgado ante un testigo que era esclavo y, por tanto, inhábil, porque aparentemente y en el consenso general, era un hombre libre.

La uniformidad de las opiniones de los ju-

---

(1) Gregorio López. "Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el Nono", Partida Tercera, Título XVIII.-

(2) Benjamín Dávida I. Obra citada, p. 120.-

Escaneado con CamScanner

risconsultos arriba nombrados indujo a Justiniano a incluir esta ley en el Párrafo Séptimo de las Institutas, "De testamentis Ordinandii", que dice: "7°Que "si el día de la confección del testamento uno de "los testigos pasara por libre, y que más tarde se "descubriera que era esclavo, el Divino Adriano, en "un rescripto dirigido a Catonio Vero, y después de "él los Divinos Severo y Antonino han decidido que "deseaban venir en ayuda del testamento y de conside "rarlo como regular en la forma, puesto que en el mo "mento en que el testigo ponía su sello, era conside "rado libre en el consentimiento de todos y ninguna "cuestión se había suscitado sobre su estado civil" "(1)."

De este párrafo reproducido se desprende una importante regla del derecho clásico que figura en todas las legislaciones de raíz directa o indirectamente romana, como la nuestra, y que consiste en que la incapacidad de un testigo que pasa a los ojos de todo el mundo por capaz, no produce la nulidad del testamento a que él asiste.

El artículo 1013 de nuestro Código Civil hace cumplida aplicación de este principio.

2) Ley 9 del Título L de la Partida Sexta (2). "Cuales hombres no pueden ser testigos en los testamentos".

Según esta ley, no pueden ser testigos en los testamentos los condenados por difamación y por delitos tales como el hurto y el homicidio. Se prohibe igualmente serlo a los menores de 14 años, a las mujeres, a los sordos, a los mudos, a los apóstatas y a los siervos de otro. Pero en este último caso, dice la ley citada, si uno de aquellos siervos fuese testigo de un testamento y anduviere a la sazón por hombre libre, aunque después fuese descubierta la verdad, no se anulará el testamento.

Como vemos, esta ley no es otra cosa que la aplicación del principio emanado de la Lex de Testa-

---

(1) Misma cita anterior.-
(2) Gregorio López. Ob. Cit. Partida Sexta, Título L.

Escaneado con CamScanner

mentis Ordinandii ya vista; y todo parece indicar que su origen arranca precisamente de ella.

7.- C) Capacidad Putativa para Contratar.-

En la historia hay un caso muy conocido en que se da aplicación al principio de que el error colectivo y excusable fundado en la apariencia valida la actuación en que se produce, en lugar de viciarla.

Se trata del Senatus Consultus Macedonianus, de gran importancia en el Derecho Romano. Establecía, entre otras cosas, este Senado Consulto, que el hijo de familia era un incapaz merecedor de protección, motivo por el cual quienes contrataban con él no tenían facultad ni acción para exigir el pago del dinero que el menor hubiere recibido de ellos en préstamo.

Sin embargo, esta regla general no tenía el carácter de absoluta y contemplaba excepciones, entre las cuales estaba la de que cuando el hijo de familia mayor estuviere en posesión pública del estado de hijo emancipado, no siéndolo realmente, la acción en favor del prestamista subsistía, fundamentada en que el error colectivo existente respecto a la verdadera calidad de hijo de familia del deudor otorgaba validez a lo que en derecho riguroso no debió tenerlo.

Este es el caso en que el legislador romano consagró en forma más explícita el principio del error común, pues no buscó artificios lógicos que ocultaran el desconocimiento que se hace en el Senado Consulto de la aplicación rigurosa de la ley.

Escaneado con CamScanner

Capítulo III

VIGENCIA EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES DEL PRINCIPIO "ERROR COMMUNIS"

8.- Generalidades.-

Si bien todo principio jurídico, no expresado en el texto positivo, puede prestarse para discusiones en lo relativo a su obligatoriedad o validez, es difícil encontrar otro que en este sentido haya merecido opiniones más opuestas que el del error común.

Por eso es interesante hacer un somero examen de lo que se ha dicho sobre su vigencia en los diferentes tiempos y pueblos; de las diferentes formas que ha revestido su aplicación; y de la generalidad que pudo serle otorgada. Todo ello desde un punto de vista histórico, sin entrar en la discusión de carácter doctrinario y teórico a que están dedicadas las restantes partes de este trabajo.

Puede señalarse, desde ya, que en materia de vigencia de este principio ha tenido gran influencia la psicología jurídica de cada pueblo en que él pretende ser aplicado. En los medios de gran respeto por el texto de la ley, sin ir más lejos, en Chile, se ha negado en ocasiones su procedencia aún en las situaciones en que clásica y unánimemente ha sido admitido por la doctrina y la jurisprudencia de otros países, como veremos más adelante. En otros medios en que existe menos rigidez, como en Francia, se ha extendido su aplicación en forma, podría decirse, exagerada.

9.- En el Derecho Romano.-

Vimos anteriormente los casos en que los romanos dieron vigencia a las nociones que sirven de fundamento al error común e hicimos notar su preocupación por esconder el desconocimiento de la ley que

Escaneado con CamScanner

dichos casos implicaban, tras artificios racionales de poca sustentación lógica, pero que no permitían que de tal desconocimiento pudiera emanar un principio general derogatorio de los preceptos jurídicos.

Sin embargo, se ha sostenido por autores de estudios sobre la máxima "error communis"..." que la máxima fue efectivamente enunciada en el Derecho Romano con el carácter de general. Valabregue (1) cita el caso ya expuesto de la ley aclaratoria del uso de un término de un legado, que le dió valor a la errónea interpretación del término que era compartida por el común de las personas, ley que terminaba diciendo "error facit jus", y que también cita Laurent (2).

Pero, como también ya tuvimos ocasión de decir, la expresión de dicha ley jamás pretendió tener el alcance que se ha dado a la máxima "error communis..." con posterioridad. Así lo expresó Loniewski en su tesis "Rol actual de la máxima error communis facit jus", presentada a la facultad de Derecho de Aix en 1905 (3). Así también ha podido comprobarse a lo largo de este estudio, en que repetidamente se ha llamado la atención sobre la preocupación del jurisconsulto romano por achacar el desconocimiento de la ley, en los casos que hemos citado, a motivos diferentes y menos antijurídicos que el error.

Como dice Laurent, "los jurisconsultos y los emperadores se guardan bien de decir que el error común hace derecho" (4). Es evidente y fuera de toda duda que si alguna vez ello ocurrió fue por motivos de equidad que hicieron imprescindible dejar de lado momentáneamente el rigor de la ley estricta.

Como regla de carácter general podría desprenderse de la aplicación en el Derecho Romano de las nociones que inspiran el principio "error communis..."; que ella se contempla en los casos en

---

(1) Cremieu Ob. Cit., pág. 57.-
(2) Laurent Ob. Cit., Tomo 13, N° 281.-
(3) Cremieu Ob. Cit., pág. 57.-
(4) Laurent Ob. Cit., Tomo 13 N° 282.-

Escaneado con CamScanner

que, tratándose de ejercicio ilegal de funciones públicas, existe un título "colorado", es decir, reconocido por la autoridad; en los casos restantes (testigos testamentarios e hijos de familia erróneamente considerados como emancipados), sólo se exige la existencia de una creencia generalizada en la capacidad de los sujetos (1).

10.- En el Derecho Español.-

Vimos anteriormente los casos en que el derecho foral español dió aplicación al error común. Sin embargo, tal como ocurrió en el derecho romano no fue nunca formulado como una norma general. Y precisamente los casos que citamos en esa oportunidad derivaban notablemente de sus similares del derecho romano, lo que no es, por lo demás, de extrañar, pues éste constituyó una de las fuentes de las Leyes de Partidas.

Con posterioridad, los Códigos españoles no han contemplado el principio en otra forma que las Partidas. La existencia de él dentro del derecho español actual es muy dudosa. La jurisprudencia le ha dado mínima aplicación y la doctrina, con escasas excepciones, no lo considera (2).

11.- En el Derecho Alemán.-

El C. C. Alemán, a diferencia de los diversos Códigos inspirados en el Derecho Romano, da cabida en forma neta y ostensible a los principios que inspiran la máxima "error communis...". No le da ese nombre al efecto de validar los actos que en el rigor del derecho deberían ser nulos, en virtud del error colectivo que ha habido sobre una deficiencia legal.

Para los juristas alemanes la máxima en es-

---

(1) Dávila Ob. Cit., pág. 127.-
(2) Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español, Tomo III, página 250.-

Escaneado con CamScanner

tudio no es sino un apelativo que el derecho latino ha encontrado para justificar ciertas situaciones que merecen ser mantenidas en virtud de la apariencia incontestable que han revestido los hechos. El conjunto de los principios que norman tales situaciones constituye para ellos lo que llaman el "derecho de apariencia", expresión que ha tomado cuerpo en la doctrina y que tiende a desplazar a la máxima "error communis...", según expondremos más adelante, aún cuando ésta constituye la forma más palpable de aplicación de la teoría o derecho de la apariencia.

No es sorprendente que el derecho alemán de acogida a los principios referidos. Su estructura marcadamente objetiva no permite esperar una consecuencia diferente. En el Código Alemán, por ejemplo, la voluntad interna del sujeto no tiene trascendencia jurídica alguna, pues sólo vale su voluntad declarada, la cual es apreciada objetivamente y no en relación con aquella (1).

Más adelante veremos con detención la expresión que tiene en el Código Civil germano la teoría de la apariencia y nos detendremos también a considerarla en particular y a apreciar su objeto y justificación.

12.- En el Derecho Portugués.-

Aun cuando la doctrina portuguesa no ha hecho aporte conocido al estudio del error común, el Código Civil de ese país es el único cuerpo legal que tiene consagrada una disposición concreta que le de el poder de validar actos jurídicos.

En efecto, el artículo 664 del Código Civil del Portugal dispone textualmente: "El error común y general no acarrea la nulidad".

Aún cuando se ha opinado por algunos autores que "no puede decirse en buenos términos de interpretación que se refiere a otro error que el del

---

(1) Loewenwarter, Víctor. Derecho Civil Alemán, Tomo I, página 14.-

Escaneado con CamScanner

consentimiento" (1), no comparto esa opinión. Es evidente que, en último término, tiene relación el precepto citado con el error vicio del consentimiento, así como también lo es que no hay jurídicamente posibilidad de error que no la tenga. Pero no es menos cierto que el "error communis..." representa una excepción a la teoría de las nulidades, otorgando validez al acto en que él ha existido; en eso consiste precisamente el efecto propio del error común; y eso es, ni más ni menos, lo que dice el artículo 664 del Código Civil del Portugal. Por lo demás, la doctrina considera este artículo unánimemente como un caso de expresión en el derecho positivo de la máxima "error communis facit jus" (2).

13.- En el Derecho Italiano.-

En Italia se ha discutido también la vigencia de la máxima. Como resultado de ello la mayoría de los autores rechazan su aplicación.

En efecto, Landucci (Diritto Civile, tomo I página 624), acepta su vigencia en el derecho italiano. Pero su opinión ha quedado solitaria, puesto que Coviello (Diritto Civile, Tomo I, página 324), Lomonaco (Obligazioni, tomo III, página 93) y Fubini (Dottrina dell'errore), N° 221) rechazan formalmente toda posibilidad de vigencia de la máxima (3).

Sin perjuicio de la opinión de la doctrina, la jurisprudencia italiana ha admitido en ciertos casos la aplicación de la máxima, dándole eso si una vigencia muy restringida. Un fallo de 21 de Abril de 1807 de la Corte de Turín, que dió aplicación al adagio "error communis..." lo llamó "jus singulare", haciendo alusión al hecho de que ninguna legislación positiva le daba cabida y a la especialidad de los

---

(1) Valverde y Valverde. Obra citada, Tomo III, página 252.-
(2) René Demogue. "Des obligations en general", Tomo I, página 469.-
(3) Demogue. Obra citada, Tomo I, página 471.-

Escaneado con CamScanner

casos en que cabe su aplicación (1).

En el Código Civil italiano hay disposiciones inspiradas en los principios del error común. En efecto, el artículo 933 de dicho cuerpo legal dice: "El efecto de la aceptación (de la herencia) se remonta al día en que se abrió la sucesión. Se respetan siempre, sin embargo, los derechos adquiridos por los terceros como consecuencia de convenciones a título oneroso hechas de buena fe con el heredero aparente". Es decir, esta disposición, como veremos con latitud más adelante, ha significado que en Italia no se haya tenido que recurrir a la máxima "error communis...", como en Francia, para validar los actos del heredero aparente. Ello encierra una paradoja, puesto que la preocupación de la doctrina y jurisprudencia francesas por la máxima nació en gran parte con motivo de la validación de los actos del heredero putativo; y tal vez lo mismo habría ocurrido en Italia de no haber existido la disposición del artículo 933 ya citado (2).

Hay otra disposición al respecto en el Código italiano. Es el artículo 837, referente a los legados de cosa ajena. Sienta como regla general la de que estos legados son nulos. Sin embargo, exige que quien alega la nulidad, es decir, el verdadero dueño de la cosa legada, no haya tenido conocimiento de que ella estaba en poder de quien la legó. También esta disposición se inspira en la misma idea de dar valor a la apariencia, al error en que se ha creído de buena fe, puesto que este error era invencible desde que quien era dueño de la cosa no ejercitó acción alguna contra quien la legó, antes de que esto ocurriera (3).

---

(1) Gorphe. Obra citada, pág. 186.-
(2) Luis Claro Solar. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado". Tomo II, pág. 191.-
(3) Demogue, obra citada, Tomo I, pág. 469.-

Escaneado con CamScanner

14.- En el Derecho Belga.-

En Bélgica también la máxima ha hallado aplicación. Sin embargo, a diferencia de la doctrina y jurisprudencia francesas, las belgas formulan exigencias mucho más estrictas para aceptar su vigencia en casos muy determinados.

Es así como la Corte de Casación de Bélgica ha dicho textualmente que "no se debe admitir el error común sino con la mayor circunspección y solamente en los casos en que la equidad es manifiestamente preponderante, en los cuales debe aventajar al derecho" (1).

En los casos en que se admite la aplicación de la máxima, la Corte de Casación belga la fundamenta en la tradición y ensaya de demostrar que los autores del Código la consagraron implícitamente (2).

En el antiguo derecho belga la jurisprudencia admitía sin vacilaciones el error común para cubrir la incapacidad real de los testigos, en forma constante. Sin embargo, en 1735 se dictó una ordenanza que derogó el derecho común vigente hasta entonces, en cuanto fuera contrario a sus disposiciones; la capacidad putativa de los testigos continuó, eso sí, siendo admitida en virtud del principio "error communis..." y respecto a ella la derogación general referida no se consideró que regía y se dijo que, más aún, la mantenía implícitamente.

Las disposiciones legales así entendidas fueron reproducidas por el C. Civil belga. A este modo de interpretar las disposiciones legales se opone enérgicamente Laurent (3). Dice que en este caso ya no se trata de interpretar un texto del antiguo derecho, sino de derogar en virtud de la jurisprudencia y del Derecho Romano (ambos sin vigencia), un texto legal. Pero agrega a continuación que "así y todo, creemos que la máxima de la capicidad putativa

---

(1) Elena Muñoz Gálvez, "Del error común", pág. 61.-
(2) Laurent Ob. Cit., Tomo 19, N° 107.-
(3) Laurent Ob. Cit., Tomo 19, N° 107.-

Escaneado con CamScanner

puede ser admitida, aunque ella derogue el derecho rigoroso" (1). Al hablar de "máxima de la capacidad putativa" se está refiriendo al error común aplicado al caso de los testigos inhábiles, que tiene como efecto el de validar el acto a que ellos concurren. Veremos más adelante las condiciones y requisitos que se exigen para dicha validación.

Laurent justifica las decisiones jurisprudenciales contrarias a la aplicación del error común. Dice que ellas son justas. Lo que está malo, añade, es la ley, y de ello no debe culparse a los Tribunales (2).

Como hemos visto, la vigencia del adagio en Bélgica es absolutamente restringida según la doctrina y algo más amplia, pero dentro de la misma concepción, según la jurisprudencia.

15.- En el Derecho Inglés.-

Naturalmente, en un derecho que muy pocas raíces romanistas tiene, como el inglés, no se menciona en parte alguna con su formulación tradicional el adagio "error communis..."

Sin embargo, precisamente por tratarse de un Derecho netamente consuetudinario, la equidad adquiere en él una preponderancia desconocida en las legislaciones cuyo antecedente común es el Derecho Romano. En efecto, la "equity" anglosajona ha sido delimitada en tal forma que ha cristalizado en principios básicos, a los cuales ha llegado a llamarse, en base a una sinonimia histórica, "Las Doce Tablas de la Equidad", que, en su oportunidad, examinaremos (3).

La falta de expresión concreta de la máxima en el Derecho Anglosajón no es óbice para que en él existan disposiciones inspiradas en los mismos prin-

---

(1) Laurent Ob. Cit., Tomo 19, N° 107.-
(2) Idem.
(3) Mascareñas. "Nueva Enciclopedia Jurídica", Tomo VIII. Pág. 632.-

Escaneado con CamScanner

cipios que ella. Así, los autores coinciden en que admite la mantención de los derechos del adquirente "a non dómino" de buena fe (1) (2).

Dichos actos son mantenidos de acuerdo con el siguiente raciocinio que elaboran los comentaristas del Derecho Anglosajón: a pesar de que el error de hecho, cometido de buena fe y sin negligencia, produce nulidad de acuerdo con los principios de equidad, estos mismos principios impiden que se haga valer dicho vicio contra el adquirente a título oneroso de buena fe. Si a la primera regla sirve de fundamento la equidad, mal puede ella aplicarse en contra de quienes también se encuentran separados por ella (3).

16.- En el Derecho Francés.-

Puede decirse que si hoy se habla de la máxima "error communis..." es gracias a la doctrina y, en especial, a la jurisprudencia francesa.

Ellas le han dado una vida y una vigencia que, en rigor de verdad, el adagio no se merecía. La jurisprudencia francesa es,todos lo sabemos, esencialmente rebelde. El texto legal para ella cuenta poco y, lo que es más, no le preocupa justificar en base a él sus decisiones. Lo cual, por lo demás, resultaría prácticamente imposible en gran parte de los casos.

Obrando con esa despreocupación, la jurisprudencia ha obligado permanentemente a la doctrina a desplegar enormes esfuerzos para poder encontrar el asidero jurídico de sus decisiones. Como bien dicen Planiol y Ripert (4) "inútilmente la doctrina,

---

(1) Henri Mazeaud. "La máxime "error communis facit jus", p. 947.-
(2) Claro Solar. Ob. Cit., Tomo II, p. 193.-
(3) Edouard Jenks. "Digeste de Droit Civil Anglais", Tomo I, p. 27.-
(4) Marcel Planiol y Georges Ripert. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo II, p. 345.-

Escaneado con CamScanner

siguiendo en sistemas diversos y más o menos atrevidos la marcha de la jurisprudencia, ha intentado justificar sus decisiones mediante interpretaciones o analogías con textos legales". Y agrega luego que no puede presentarse uno solo, lo cual es efectivo; y, más que eso, es frecuente que la cita de textos legales contrarios al rumbo de la jurisprudencia sea la numerosa.

La obra de la jurisprudencia francesa es no sólo discutible sino que también discutida. Aunque en general los autores tienden a justificar las innovaciones que ella acarrea, hay opiniones que disienten, y con muy buenos fundamentos.

No olvidan estas últimas la obra de la jurisprudencia francesa, que ha consistido en la extensión que ella ha dado a la noción de causa; al enriquecimiento injusto; en autorizar la subrogación de la hipoteca legal de la mujer casada; en prohibir las sociedades entre esposos, etc. (1). Sin embargo, consideran que poniendo en la balanza tales contribuciones a un lado y la inestabilidad que necesariamente acarrea el desconocimiento de la ley, al otro, ellas no alcanzan a sobrellevar las consecuencias que éste trae consigo. Veremos, con más detalle, la crítica que merece el sistema de la jurisprudencia francesa más adelante.

Pues bien, puede decirse que también la máxima "error communis facit jus" es una obra y una creación de la jurisprudencia francesa.

Por otra parte, además de ser posible que la máxima hubiere tenido su origen en una glosa hecha a la Lex Barbarius Phillippus por algún comentarista francés, quienes primero la dieron aplicación como tal y con el poder de producir efectos jurídico fueron los antiguos parlamentos franceses del siglo XVI (2) (3) al decidir controversias planteadas ante ellos.

---

(1) Gorphe. Ob. Cit., pág. 14.-
(2) Misma cita anterior.-
(3) Demogue. Ob. Cit., pág. 456.-

Escaneado con CamScanner

Sin embargo, la jurisprudencia francesa posterior, al darle aplicación respecto de nuevas situaciones, ha sido contradictoria y vacilante. Desde luego, ella es incierta en lo que se refiere a la forma de operar del principio "error communis". Le ha dado aplicación, por ejemplo, respecto a los actos de disposición del propietario aparente, validándolos, pasando por sobre disposiciones expresas del Código de Napoleón, el cual, según veremos en la tercera parte de esta memoria, es explícito para sancionarlos con la nulidad. Y ha negado en cambio su aplicación en situaciones en que todo aconsejaba tenerla en consideración; tal es el caso en que la Corte de París concedió la nulidad de lo actuado por un consejo de familia en el cual un simple testigo era extranjero y existía un error común y generalizado según el cual se le había considerado ciudadano francés (21 de Marzo de 1861) (1). Esta evidente contradicción se hace aún más palpable si se considera que la habilidad putativa de un testigo constituye precisamente uno de los clásicos casos en que unánimemente se admite la vigencia de la máxima.

Esta falta de definición de la jurisprudencia francesa no ha permitido que la doctrina gala de noción clara de los requisitos, condiciones y amplitud que debe revestir la aplicación de la máxima y, por lo mismo, ha servido de fundamento para decir que ella es una noción vaga y peligrosa a la cual debe restarse toda vigencia (Albert Wahl, Laurent) o cuando menos para reducir su ámbito de aplicación al mínimo posible (Cremieu, Bonnecasse).

Hay casos que han pasado a ser clásicos en la doctrina referente a la aplicación jurisprudencial del error común, más que por la trascendencia teórica que ellos pudieran encerrar, por el carácter público que ellos tuvieron. Son el de los famosos matrimonios de Monrouge y el de la princesa de Beaufrement.

El "affaire" de los matrimonios de Monrou-

---

(1) Demogue. Ob. Cit., pág. 454.-

Escaneado con CamScanner

ge derivó de que el Alcalde de la localidad del mismo nombre, que de acuerdo con la ley ejercía las funciones de oficial civil, se hizo reemplazar en ellas por uno de los consejeros municipales, monsieur Girardin. Este era, en el orden de prelación establecido por la disposición pertinente para el caso, el vigésimo primer miembro municipal. Inició el ejercicio de sus funciones delegadas a pesar de no haber impedimento de ninguno de los Consejeros municipales que le precedían en el orden legal. Despues de celebrar buen número de matrimonios, se reparó en la ilegalidad de su desempeño. El Ministerio Público pidió de oficio la nulidad de todos los matrimonios por él celebrados, en virtud de que la ley era terminante al ordenar que las referidas funciones de oficial civil sólo podía el alcalde delegarlas en un adjunto; y nada más que en defecto de éste en el primer consejero municipal de acuerdo con el orden de prelación establecido por el correspondiente precepto.

Tanto la Cámara Civil como la Corte de Casación validaron los matrimonios, desechando la petición de nulidad. El último de los Tribunales mencionados basó su decisión en que había existido un error común e invencible en que de buena fe habían incurrido los contrayentes (1).

El otro caso consistió en que la princesa de Beauffremont contrajo secretamente matrimonio con sieur Sainson-Taxis. Al fallecimiento de ella, el marido pretendió anular todos los actos y contratos en que ella había actuado como mujer soltera y, en consecuencia, plenamente capaz, fundándose en que el matrimonio secretamente contraído con él, la había convertido en una persona incapaz de contratar sin autorización de su marido.

La Corte de Casación, el 30 de Agosto de 1808 determinó que la nulidad pedida no podía tener lugar en favor de Sainson - Taxis en virtud del

---

(1) Julien Bonnecase. "Supplément du Traité Theorique et Pratique de Droit Civil par G. Baudry Lacantinerie". Tomo VI, N° 65.-

Escaneado con CamScanner

error común e invencible en que éste había inducido al público al contraer secretamente matrimonio (1).

Por otra parte, merece citarse también casos en que la jurisprudencia ha entrado a calificar la vigencia de la máxima "error communis..." en Francia.

El 12 de Diciembre de 1882, la Corte de Casación expresaba que "siempre la máxima ha sido observada en Francia como una ley". Y la Corte de Pau, el 27 de Agosto de 1835 había dictaminado que ella "pertenece a ese depósito de máximas que, siguiendo la expresión del legislador, ha sido siempre mirado como el verdadero suplemento de la legislación" (2).

Con lo anterior, dejo trazado a grandes rasgos el predicamento que ha inspirado a la jurisprudencia francesa en materia de error común. El detalle de sus decisiones, como ya se ha dicho anteriormente, lo iremos viendo en la tercera parte de este trabajo al estudiar los casos de aplicación del error común.

Para comprender mejor las discusiones que en la doctrina se han suscitado alrededor de la vigencia en Francia de la máxima, citaré los casos en que real o pretendidamente, de acuerdo con las diversas opiniones de los autores, la legislación francesa la ha consagrado.

El centro de las controversias al respecto lo constituye, a no dudarlo, el dictamen del Consejo de Estado, llamado por la Constitución del año VIII a interpretar las leyes, emitido el 2 de Julio de 1807, con ocasión de las discusiones suscitadas sobre la validez de unos certificados de estado civil emitidos por funcionarios sin facultad para hacerlo.

Ocurrió que los secretarios de alcaldía, creyéndose investidos de las mismas facultades que en el antiguo régimen tenían los secretarios de las Municipalidades para expedir extractos de los Registros civiles, se hicieron cargo de esta función. Sin

---

(1) Bonnecase. Ob. Cit., Tomo VI, N° 66.-
(2) Gorphe. Ob. Cit., pág. 186.-

Escaneado con CamScanner

embargo, la realidad era que tal atribución no les había sido dada, de manera que dichos extractos eran irregulares, aún cuando fueron tenidos por válidos incluso por la autoridad misma.

Al pretenderse por algunos la nulidad de los referidos instrumentos, el Consejo de Estado debió pronunciarse sobre la cuestión y dictaminó en favor de la validez de los extractos, en los términos siguientes:

"1°.- El Consejo de Estado reconoce que la ley de 28 pluvioso del año VIII no confiere ninguna facultad a los secretarios de alcaldía para dar autenticidad a los extractos de los registros de estado civil;

"2°.- Considerando que antes y también con posterioridad a la ley del 28 pluvioso del año VIII han sido emitidos un gran número de extractos de registros de estado civil, bajo el certificado y la firma de empleados que se califican de secretarios generales de alcaldía; que muchos de estos actos han sido presentados ante la justicia y han servido de base o de piezas justificativas a juzgamientos o a procedimientos no terminados, que se hallarán en el caso de ser nuevamente comenzados si estos extractos no son admitidos como auténticos;

"3°.- Que los extractos han sido dados por los empleados y recibidos por las partes de buena fe, puesto que los primeros han podido concluir de algunos actos de gobierno que se les reconocía carácter público; y los segundos mucho menos podían descubrir el error común, desde que la gran mayoría de los extractos han sido legalizados, sea por los presidentes de los Tribunales de primera instancia a partir de la ley del 28 pluvioso del año VIII, sea posteriormente por los prefectos de los departamentos o los otros funcionarios que les reemplazaban en caso de ausencia o impedimento;

"4°.- Y que, por fin, en todos los tiempos y en todas las legislaciones, el error común y la buena fe han bastado para cubrir, en los actos como también en los juicios, las irregularidades que las

Escaneado con CamScanner

partes no habían podido prever ni impedir.

"En consecuencia, el Consejo de Estado emite el dictamen de que los extractos emitidos despues de la ley del 28 pluvioso del año VIII, bajo certificado y firma de los secretarios de alcaldía, hasta el día en que ha sido consultado, deben ser considerados como auténticos, si la firma ha sido legalizada por los funcionarios competentes" (1).

Tal es el dictamen que, según veremos, ha suscitado en Francia discusiones sobre la posibilidad de que el adagio "error communis facit jus" no sólo sea una máxima más de ese depósito suplementario de la legislación positiva de que nos hablaba la Corte de Pau, sino que una verdadera disposición legal.

Pero hay otras reglas de derecho positivo que también han permitido así sostenerlo.

En efecto, una ley de fecha 4 de Septiembre de 1807, teniendo en cuenta un error común de derecho hasta entonces existente que había hecho pensar que las facturas de inscripciones hipotecarias no debían contener la fecha de exigibilidad de la deuda, permitió validarlas si se ponían en regla dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la dictación de la ley citada.

Por último, la ley de 2 de Junio de 1843 validó también en consideración al error común de derechoexistente hasta esa fecha en la materia, los actos anteriores a ella que se autorizaban con la firma de sólo un notario cuando la ley en verdad exigía la de dos (2). Y citaré, por fin, la ley de 6 de Enero de 1872, que validó los actos de funcionarios municipales de estado civil irregularmente nombrados.

Pero estos textos legales no han creado a su alrededor mayor revuelo en Francia. Ha acaparado la atención de defensores e impugnadores del error común el dictamen del Consejo de Estado de 1807.

Algüien se pregunta qué grado de autoridad

---

(1) Bonnecase. Ob. Cit., Tomo VI, N° 56.-
(2) Demogue. Ob. Cit., Tomo I, pág. 455.-

Escaneado con CamScanner

tiene el dictamen: ¿es ley interpretativa? ¿tenía el Consejo de Estado autoridad para interpretar la ley? Expresa que, aún cuando efectivamente la tenía, ello ocurría en virtud de un reglamento del 5 nevoso del año VIII, que era contrario a la Constitución del 22 primario del mismo año, que no le daba esta atribución; y, "aún cuando en el dominio de las leyes civiles la interpretación le corresponde sólo al mismo legislador ("jus interpretari legem cujus est conders"), de acuerdo con los artículos 21 y 28 de la Constitución referida, el Senado podía atacar los actos del Gobierno opuestos a ella; sin embargo, no usó jamás esta facultad respecto al reglamento referido (1). Siguiendo el raciocinio de Algin, ello importó reconocer la validez de las interpretaciones de la ley hechas por el Consejo de Estado.

Por otra parte, Julien Bonnecase hace notar que el dictamen tantas veces citado fue aprobado por el mismo Napoleón y publicado en el Boletín Oficial, todo lo cual parece indicar que él adquirió fuerza de ley (2).

Finalmente, ambos, Algin y Bonnecase, que adhiere a la opinión del primero, expresan que el argumento de que el dictamen no pretendió establecer una regla de carácter general queda desvirtuada con la sola lectura del considerando cuarto de él. Efectivamente, esta formulación, según hemos visto, no hace distinción alguna y está redactada en los términos más amplios. Agrega Algin que esto permite sostener que la legislación francesa recibió y acogió la máxima, tal como lo ha confirmado la jurisprudencia (3).

Sin embargo, estas consideraciones han sido controvertidas. Alberto Wahl, especialmente, en un comentario a la validación de hipotecas consentidas por propietarios aparentes aparecido en la Revista

---

(1) Bonnecase. Ob. Cit., Tomo VI, N° 56.-
(2) Idem.-
(3) Bonnecase. Ob. Cit., Tomo VI, N° 57.-

Escaneado con CamScanner

Trimestral de Derecho Civil (1), afirma que "nada permite sostener que esta máxima esté no sólo en vigor hoy día, sino que pueda haber adquirido una amplitud que el Derecho Romano no le había concedido jamás. Y añade a continuación: "Sólo se encuentran rastros de este principio en una resolución del Consejo de Estado, de 2 de Junio de 1807, que tiene fuerza de ley y que dice en sus considerandos: En todos los tiempos y en todas las legislaciones el error común y la buena fe han bastado para encubrir en los actos y aún en las sentencias las irregularidades que las partes no han podido prever ni impedir".

"Esta resolución tiene fuerza de ley, hemos dicho, continúa Wahl, pero sólo en lo dispositivo". "Reconocer valor legislativo a los considerandos de los dictámenes del Consejo de Estado sería situarlos por encima de la ley misma, cuando es sólo la parte dispositiva de las leyes, y no sus considerandos, es decir, los argumentos invocados en los trabajos preparatorios, lo que tiene fuerza de ley" (2) (3).

Por último, Wahl termina su argumentación expresando que se ha reconocido que las resoluciones del Consejo de Estado no tienen fuerza de ley sino sobre los puntos respecto de los cuales se pronuncian (4).

En mi concepto es claro que las situaciones en que las leyes francesas, especialmente el dictamen tantas veces citado, han otorgado valor jurídico a la máxima "error communis"..., no han tenido como consecuencia el que ella pueda ser considerada como un precepto legal propiamente tal. Máxime si se tiene en cuenta que el artículo 7 de la ley del 30 ven-

---

(1) Albert Wahl. "Hypotheque consentie par un propietaire apparent au profit d'un créancier de bonne fôi" Revue Trimestrielle de Droit Civil, tomo VII, p.1908.
(2) Albert Wahl "Propiedad y Derechos Reales" Revista de Derecho y Jurisprudencia, Junio de 1908, Sección Jurisprudencia Extranjera, p. 25.-
(3) Cremieu. Ob. Cit., Pág. 64.-
(4) Wahl "Propiedad y Derechos Reales", p. 25.-

Escaneado con CamScanner

toso del año XIII derogó "las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos..." en las materias que integran el Código de Napoleón (1). Pero aunque no hayan tenido el carácter de generalidad, por lo menos constituyen un trasunto que permite en ciertos y muy determinados casos, dar vigencia al error común en desmedro del derecho estricto. Nunca, desde luego, en la medida en que la jurisprudencia francesa lo ha hecho, pasando aún sobre disposiciones expresas del referido Código sin que se tratara de proteger intereses generales sino apenas el de particulares de buena fe; y perjudicando a otros a quienes no podía reprocharse siquiera negligencia en el ejercicio de sus derechos.

Puede en conclusión colegirse que en Francia más que en ningún otro país se encuentra justificada la vigencia del error común. Ello no es obstáculo para decir que la extensión que la jurisprudencia ha dado a la aplicación del principio ha sido exagerada y ha sobrepasado cuanto permiten los antecedentes históricos y legislativos que hemos citado.

17.- En el Derecho Chileno.-

En la tercera parte de este trabajo examinaré en detalle la aplicación que en nuestro país ha recibido y puede, jurídicamente, recibir la máxima "error communis..." Pero ello no obsta para decir aquí algunas palabras sobre la vigencia de ella, en términos generales y sin descender al detalle.

En Chile tanto la doctrina como la jurisprudencia miran con poca simpatía cualquier principio que implique derogación de los preceptos legales expresos. Por eso la primera poco se ha preocupado del adagio; y la segunda, amén de haber rechazado su aplicación en ocasiones en que todo aconsejaba darle cabida, lo ha contemplado en escasas oportunidades.

Las leyes de Partidas tuvieron en Chile vi-

---

(1) Mazeaud-obra citada, pág. 931.-

Escaneado con CamScanner

gencia, en algunos aspectos, hasta el 19 de Marzo de 1925, fecha en que se dictó el decreto 407, llamado Código del Notariado. Y precisamente en las materias de que trata este Código (hoy incorporado al Código Orgánico de Tribunales), vimos anteriormente que las Partidas dan cabida a los principios que inspiran el adagio "error communis..." Sin embargo, según veremos con posterioridad, muchas veces la jurisprudencia rechazó, aún antes de la dictación del referido decreto, la aplicación de la máxima a los casos autorizados por las Partidas.

También en nuestros Códigos Civil y de Comercio hay preceptos que constituyen aplicación de los principios que inspiran al error común. Pero no se encuentra en nuestra legislación, al revés de lo que ocurre en la francesa, precepto legal alguno que se refieran concretamente a la máxima.

Muy por el contrario, abundan las disposiciones de nuestros cuerpos legislativos que se hacen fuego con el error común e incluso parecen negarle posibilidad de aplicación en caso alguno en Chile.

Por otra parte, la derogación general de preceptos legales afines vigentes a la época que hizo el Código Civil; la expresa limitación de la validez de la costumbre como norma jurídica que hizo su artículo 2°; y el que los preceptos inspirados en el error común tengan el carácter de excepcionales, hacen pensar que, en estrictos términos de interpretación, es muy poca o nula la cabida que en nuestro Derecho puede darse a la máxima "error communis facit jus".

Sin embargo, y en ello me extenderé más adelante, hay múltiples razones que contemplar antes de llegar a una conclusión definitiva al respecto. Básteme insinuar ahora que la interpretación estricta puede en ocasiones dejar de ser incluso jurídica. Me limitaré a recordar, como ya lo hiciera en el preámbulo de este trabajo, otra máxima latina: "summum jus, summa injuria".

Escaneado con CamScanner

18.- En el Derecho de otros países.-

En el examen que he hecho de la vigencia del error común en los diversos ordenamientos jurídicos, se ha examinado el Derecho de todos los países que lo contemplan o cuyas normas jurídicas se inspiran en principios similares.

Sin embargo, es necesario dar algunas nociones de lo que he encontrado sobre ello en otras legislaciones que nos son menos familiares o, por lo menos, conocidas, que las que he aludido.

a) El Código de Montenegro de 1884, en su artículo 914 disponía textualmente: "A lo imposible nadie está obligado" (1). Esta enunciación de otro aforismo jurídico implica también dar cabida a la máxima error communis..." En efecto, cabrá la aplicación de ésta sin duda alguna, cada vez que exista un error invencible y nazca una situación jurídica fundamentada en él. De acuerdo con el precepto del Código de Montenegro citado, bastará demostrar que existía la imposibilidad de no incurrir en el error para que la situación jurídica que en él se basa permanezca válida.

b) En el Derecho Canónico se autoriza la validación de diversos actos realizados ante autoridades incompetentes o irregularmente nombradas (2).

c) El artículo 25 del Código Federal Suizo de las Obligaciones dice que la parte que es víctima de un error no puede prevalerse de él de una manera contraria a las reglas de la buena fe (3). Y el artículo 3° del mismo Código presume la buena fe cuando la ley hace depender de ella el nacimiento o los efectos de un derecho (4).

---

(1) Elena Muñoz, Ob. Cit., Pág. 65.-
(2) Marcos Silva Bascuñán-Laudo Arbitral-Revista de Derecho y Jurisp. T. 25, Secc. D°., Pág. 138.-
(3) Al Schneider y H. Fick, "Commentaire du Code Fédéral des Obligatione" Tomo I, p. 72.-
(4) Eugene Curti-Forrer "Commentaire du Code Civil Suisse" p. 6.-

Escaneado con CamScanner

Estos dos preceptos se complementan, y de acuerdo con ellos es perfectamente válido, por ejemplo, el contrato que se otorga ante una persona cualquiera que se hace pasar por notario público, calidad que le reconocen las partes, aún cuando no lo sea en la realidad y aún cuando otro precepto legal diga que dicho contrato será absolutamente nulo si no es otorgado ante un notario público. El error común existente en relación con la calidad que asume el falso notario no puede ser invocado por ninguna de las partes en el contrato, por cuanto ello va contra las reglas de la buena fe. Y si se trata de demostrar lo contrario, corresponderá al contratante que alega la mala fe de su contrincante probar que ella efectivamente existió. Dicha mala fe consistiría, en el caso, en haber conocido la falsedad de la calidad de notario.

Escaneado con CamScanner

Segunda Parte

TEORIA DEL ERROR COMUN

Capítulo I

GENERALIDADES

19.- Exigencias de Orden Práctico que la Vida Plantea al Derecho.-

Nunca debe perderse de vista la noción rectora y fundamental de que el Derecho no es otra cosa que la ordenación de la vida del ser humano, encaminada a hacer viable la coexistencia de éste con sus semejantes en las mejores condiciones posibles.

Por eso es que la norma jurídica no puede ni debe constituír un postulado teórico que se aparte del planteamiento antedicho. No sería posible, empero, hacer de la regla de Derecho otra cosa que un postulado teórico. Ella debe necesariamente ser tal; y, como tal, jamás podrá amoldarse enteramente a cada situación práctica particular en que se requiera su aplicación.

Por eso es que, aún en los más estrictos términos jurídicos, es admitida la restricción o extensión que, en relación a su texto, sufre la norma jurídica al ser aplicada por quienes tienen esa función en sus manos. Las circunstancias de orden práctico, es decir, la vida misma, así lo exige.

Pero en ocasiones ocurre que el Derecho se encuentra en una encrucijada y a punto de convertirse en la antítesis de si mismo. La limitación de las facultades cognoscitivas del hombre suele favorecer la existencia de situaciones antijurídicas con apariencias externas de perfecta legalidad, que se perpetúan en el tiempo sin que se descubra su verdadera calidad de ilegítimas. Cuando ello nunca llega a ser conocida por nadie, los derechos y obligaciones que para los individuos nacen de tal situación se perpe-

Escaneado con CamScanner

túan como perfectamente válidos. El error existente nunca llega a ser conocido, porque se trata de un error común a toda la colectividad, universalmente compartido; por eso mismo es que pasa a ser ni más ni menos que el Derecho: "error communis facit jus".

He aquí, pues, en estricta lógica, por qué es absolutamente cierto que el error común constituye derecho.

Sin embargo, ocurre otras veces que la situación antijurídica se prolonga efectivamente en el tiempo sin que su disconformidad con el Derecho se vea delatada; pero llega un momento en que la verdad se pone en evidencia. Los preceptos legales son claros, pues estatutyen que tal situación es precisamente nula, como también lo son cuantos actos han nacido a su amparo. Deben en consecuencia retrotrarse las cosas al estado primitivo, anterior al nacimiento de la situación cuya validez se discute.

La teoría es clara. Pero, ¿qué ocurre en la práctica? Que la vida ha seguido su curso: múltiples derechos y obligaciones se han ejercitado y cumplido; ha nacido una maraña de relaciones jurídicas que dan vida a otras y otras con ritmo incesante. ¿Cómo dejarlas en el aire? ¿Cómo sacrificar las justas expectativas de tantos? ¿Cómo soslayar la inestabilidad, la inseguridad y el desconcierto de todos?

No puede perderse de vista la noción de que el Derecho está hecho para hacer viables las relaciones jurídicas y no para imposibilitarlas. Su razón de ser es la equidad; su fin, la justicia. Mal puede volvérsele contra ambas a pretexto de no quebrantar una teoría hueca.

La buena fe de todos merece protección. El error debe producir el mismo efecto jurídico, en este caso, que la verdad.

Muchos autores, como veremos en su oportunidad, se escandalizan de que el error pueda en determinado momento más que el Derecho mismo. ¿Cómo, se preguntan, reconocerle tales efectos al error, por muy común que él sea?

Yo le contesto con otra pregunta: plantear

Escaneado con CamScanner

la nulidad de todos los actos nacidos al amparo del error ¿no implica darle efectos mucho mayores todavía?

20.- Relatividad de estos Conceptos.-

Precisamente a raíz de la complejidad de las relaciones humanas, todo en ellos se presenta bajo los más diversos matices.

El error común no tiene por qué escapar a esta regla; y de ahí deriva precisamente la dificultad de su aplicación. Muchas veces los valores que se trata de sustentar en virtud de él justifican plenamente su aplicación. Pero hay oportunidades en que, valores que merecen similar consideración, se encuentran en pugna con él. ¿Cabe entonces darle aplicación?

De la discusión suscitada en base a ello es que se ha planteado limitaciones y requisitos para que actúe la máxima "error communis..."

La jurisprudencia, precisamente por revestir sus enunciados menor carácter de generalidad que los de la doctrina y por tener su origen en situaciones de orden práctico a las cuales la doctrina no puede descender, ha sido la que ha sido la que ha dado mayor aplicación al referido adagio.

Sin embargo, ello ha hecho necesario que la doctrina se pronuncie y puntualice conceptos que le sirvan a aquella de guía.

21.- Pugna con el Derecho Estricto.-

Esta necesidad se ha acentuado por tratarse de un concepto que se encuentra en pugna con el Derecho estricto. No puede dejarse entregado a una nebulosa imprecisión un principio cuya aplicación implica nada menos que la derogación de los preceptos legales.

De ahí ha nacido la conveniencia de puntualizar los fundamentos que le sirven de justificación las características que lo particularizan en el pla-

Escaneado con CamScanner

no jurídico, su diferenciación de otras instituciones afines, los requisitos y condiciones que deben concurrir a su aplicación y los efectos jurídicos que de ella emanan.

22.- Ubicación en el Plano Jurídico.-

La doctrina sitúa el estudio del error común, por regla general, a continuación del error como vicio del consentimiento.

Aunque dicha ubicación tiene una razón de ser, puesto que se trata también, en cierto sentido, de un vicio del consentimiento, no es la más lógica.

En efecto, mucho más relación tiene el adagio "error communis..." con la teoría de las nulidades, ya que representa precisamente una flagrante excepción a sus reglas; y siempre que se presente oportunidad de dar aplicación al adagio surgirá la pugna con éstas.

En otros casos, los autores sólo se preocupan pasajeramente de la máxima y la mencionan, en forma superficial, al estudiar los casos en que cabe su aplicación.

Escaneado con CamScanner

Capítulo II

EL CONCEPTO DE ERROR COMUN

23.- Nociones Previas.-

Antes de entrar a dar un concepto de lo que es el error común, es preciso puntualizar algunas ideas.

Como el adagio no ha sido nunca definitivamente establecido en textos positivos de vigencia general, ha permanecido sin ser definido con exactitud ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Tal vez más que nada ello se deba a que su fuerza y amplitud se verían disminuídas al delimitar sus proporciones. Sin duda, mucho de eso ocurrirá efectivamente cuando se haya precisado la extensión que debe darse al adagio. Sin embargo, hay una razón de conveniencia en no dejarlo tampoco en una nebulosa indefinición; y ella es la de que se debe evitar los excesos en que la Jurisprudencia, especialmente la francesa, ha caído con motivo de su aplicación. Valiéndose de él, como más adelante veremos, no sólo se ha derogado el Derecho estricto en virtud de errores colectivos, sino también en mérito de otros que ni con mucho lo son.

Los antecedentes necesarios para dar una definición puede obtenerse de las aplicaciones que de la máxima ha hecho la Jurisprudencia, en relación con la crítica que tal aplicación ha merecido de la Doctrina. Lentamente a través de ambas se ha ido planteando condiciones de existencia y otras que sólo tienen el carácter de no esenciales en la configuración de un concepto del "error communis..."

24.- Uso indebido de la Denominación error común.-

Muchos autores dan el nombre de error común a aquél en que caen ambas partes en un contrato. Es-

Escaneado con CamScanner

ta denominación merece ser repudiada, porque se presta a confusiones muy fáciles de evitar con sólo usar el denominativo de "error bilateral" para calificar a aquel en que caen ambos contratantes. Ello no sólo es más conveniente sino también más propio, porque la expresión "común", al no ser referida específicamente a nadie, sindica a un número indefinido de personas como participantes del error. La expresión "bilateral", en cambio, expresa claramente lo que se pretende significar, es decir, que el error afecta a ambas partes en un contrato y no merece consideración en el caso la mayor o menor universalidad que él pueda revestir.

Parece ser que los autores que han caído en esta confusión han sido inducidos a ello por el desconocimiento que tienen de la existencia de la máxima "error communis facit jus". En efecto, ni Casas Rincón (1), ni Coelho de Oliveira (2) ni Beudant (3), ni Lehmann (4), ni Enneccerus, Kipp y Wolff (5) como tampoco Colin et Capitant (6), se preocupan del "error communis..." en sus obras. Y todos ellos dan el nombre de error común al bilateral.

Por lo demás, dicho error bilateral no está lejos de su homónimo "error communis...", pues todos los autores citados concluyen que los contratos en que él se presenta son perfectamente válidos.

---

(1) César Casas Rincón. Obligaciones Civiles, p. 73.-
(2) Benjamín Coelho de Oliveira. La Doctrina del error en el Derecho Civil Uruguayo, p. 83.-
(3) Charles Beudan-Cours de Dröit Civil Français-Tomo VIII, p. 81.-
(4) Heinrich Lehmann-Tratado de Derecho Civil.- Tomo I, p. 385.-
(5) Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff-Tratado de Derecho Civil,-Tomo II, p. 39.-
(6) Ambroise Colin et Henri Capitant-Cours Elémentaire de Droit Civil Français,-Tomo II, p. 39.-

Escaneado con CamScanner

25.- Definición del "Error Communis...".-

Repetidamente hemos expuesto ya las razones que han inducido a la doctrina a abstenerse de fijar con precisión normas para la aplicación del "error communis...". Dichas razones deben entenderse vigentes en lo que respecta a la definición de esta institución. En mérito de ellas, precisamente, es que han sido muy pocos los autores que se han aventurado a definirlo.

Sin embargo, en mi concepto, no sólo debe precisarse en forma elástica el concepto, sino que, en previsión de excesos que en el pasado han sido frecuentes, especialmente de parte de la doctrina francesa, según ya he dicho antes y veremos en detalle en la tercera parte de este trabajo, debe puntualizarse en la forma más exacta posible, dentro de las características propias de la institución en estudio, su alcance y significado.

Demogue ha dicho que el error común no es otra cosa que "una especie de buena fe colectiva" (1). Esta definición no tiene alcance doctrinario alguno y sólo constituye una metáfora imaginativa que no conduce a finalidades prácticas.

Sin embargo, el mismo Demogue, sin intentar definir el error común, ha insinuado un concepto que ya puede ser de alguna utilidad. Dice que "cuando un error ha sido el hecho no de una persona solamente sino de diversos participantes en un acto jurídico y de un gran número de terceros, sobre todo si este error es excusable, la seguridad dinámica, la necesidad de fiarse de ciertas apariencias, hacen que deba existir la preocupación de proteger a las víctimas del error" (2).

Ya en este concepto encontramos dos nociones fundamentales: la primera, que el error debe ser participado por un gran número de personas; la segunda, que debe tratarse de un error excusable.

---

(1) Demogue. Ob. Cit., Tomo I, p. 453.-
(2) Idem.-

Escaneado con CamScanner

Doña Elena Muñoz Gálvez, autora de una memoria de prueba sobre el error común, cuya tónica es el problema filosófico más que el jurídico que él entraña, intenta también una definición y expresa que "el error común es el que tiene lugar cuando un hecho falso, debido a sus apariencias, ha sido considerado como verdadero por un gran número de personas". (1). Definición exacta desde el punto de vista filosófico pero incompleta desde el jurídico, dentro del cual la falsa apariencia que engaña a un número indeterminado de personas debe reunir requisitos y producir efectos que una definición necesariamente tiene al menos que enunciar.

El autor español Calixto Valverde y Valverde, el único de esa nacionalidad que se ocupa del adagio, sostiene que el no consiste en otra cosa "que toda situación de hecho contraría al Derecho nacida de un error invencible" (2). Esta definición es evidentemente incompleta, sin embargo hace un nuevo aporte a nuestra búsqueda; el concepto de antijuridicidad del error, que en virtud del Derecho estricto permitiría invalidar el acto en que él concurre.

Benjamín Dávila Izquierdo, autor también de una memoria de prueba sobre el tema del error común, la cual es, a no dudarlo, el trabajo más amplio que se encuentra sobre el tema en nuestra doctrina, da una definición completa, aunque algo desordenada. Dice que "la máxima""error communis facit jus" consiste en sostener la validez de los actos ejecutados en virtud de un hecho falso o tomando en consideración una situación ilegal, pero que presentan todas las apariencias de verdad y de corrección, y siempre que en esta creencia haya participado un gran número de personas".

En esta definición ya se insinúa la mayor parte de las condiciones constitutivas del "error communis..." Falta la expresión de la noción de invencibilidad del error, que constituye, según posteriormente veremos, un requisito esencial; sin embar-

---

(1) Elena Muñoz Gálvez Ob. Cit., p. 39.-
(2) Valverde y Valverde. Ob. Cit., Tomo III,,p. 251.

Escaneado con CamScanner

go, en la definición citada, él se encuentra implícitamente contemplado al decirse "presentan todas las apariencias de verdad y corrección.

De las versiones que hemos expuesto, puede colegirse que el error común es "aquel error invencible, común a un gran número de personas, que, con justa causa y de buena fe, participan en él, y cuyo efecto consiste en la validación de actos jurídicos que en el rigor de la ley deberían ser nulos".

26.- Análisis de la Definición.-

a) "Aquel error..." Comenzaremos por dar un concepto de lo que debe entenderse por error.

El autor Francés Doneau expresó que el error "consiste en creer verdadero lo que es falso y falso lo que es verdadero" (1). Esta definición es perfectamente correcta, pero para nuestros fines es demasiado amplia y especulativa.

Mourlon expresa, por su parte, que "es una creencia que no está de acuerdo con la verdad" (2). Debemos estampar la misma crítica hecha a la definición anterior.

Ya Fubini enuncia un concepto más jurídico del error. Dice que él es "un estado de la mente que, por defecto de conocimiento del verdadero estado de las cosas, impide una real manifestación de la voluntad" (3).

El autor uruguayo Benjamín Coelho de Oliveira, autor de un tratado sobre la Doctrina del error en el Derecho Civil Uruguayo, estima que el error jurídico es "el resultado de un desacuerdo entre el conocimiento del contenido de un negocio jurídico, y el contenido mismo" (4). Esta definición es perfecta en cuanto se refiere al error en los contratos, pero no sirve para saber qué es el error dentro de la

---

(1) Casas Rincón. Ob. Cit., p. 66.-
(2) Coelho de Oliveira. Ob. Cit., p. 19.-
(3) Idem.-
(4) Idem.-

Escaneado con CamScanner

máxima que examinamos.

Heinrich Lehmann define al error "como una disensión entre la representación y la realidad. Concurre por falsa representación o por falta de representación" (1).

Con todos los antecedentes expuestos puede darse una definición del error, que permita referirla al "error communis...". De acuerdo con ella, "el error es una disensión entre la representación mental y la realidad, que hace a un individuo tener un falso concepto, conocimiento o idea sobre determinado hecho o circunstancia, o simplemente desconocer su existencia".

En el Derecho, la ignorancia se equipara al error; en el lenguaje corriente, en cambio, al hablarse de error se entiende que existe un mínimo de conocimiento; y al hablarse de ignorancia, se supone que no hay conocimiento alguno, por errado que él sea. Por lo anterior es que la parte final de la definición enunciada hace referencia a ella.

b) "invencible..." Con el fin de no caer en repeticiones inútiles, nos extenderemos sobre la invencibilidad del error al hablar de los requisitos o condiciones que se exigen a la aplicación de la máxima "error communis..."

Me limitaré ahora, a dar un concepto de error invencible y diremos que es "aquel que tiene tales apariencias de verdad, que su existencia escapa al conocimiento y perspicacia de una persona diligente, en el manejo de negocios propios".

Adelantando conceptos, diré que este requisito de invencibilidad es objetivo. El se exige desde el punto de vista del error mismo y no desde el de las circunstancias de la persona que incurre en él.

c) "...común a un gran número de personas...". Este acápite de la definición es determinante y esencial en lo que se refiere a la eficacia jurídica de la máxima. Al estudiar los requisitos que

---

(1) Lehmann. Ob. Cit., Tomo I, p. 371.-

Escaneado con CamScanner

debe reunir el error común para que produzca sus efectos propios, tendré oportunidad de precisar la forma en que se apreciará en cada caso particular la concurrencia de éste.

En esa oportunidad merecerá consideración el problema desde dos puntos de vista: cuántas personas es necesario que participen del error; y cómo es necesario que ellas lo compartan, si activamente, es decir, obrando en base a él, o pasivamente, sin que él les afecte en forma directa.

d) "...que con justa causa y de buena fe participan de él...". Como ya adelantáramos al hablar de la excusabilidad del error, ella es una condición objetiva de él.

La justa causa y la buena fe, en cambio,son requisitos que se exigen desde el punto de vista subjetivo. Para considerarlos se entra a determinar la actitud personal de los afectados por el error respecto a él.

La primera es una "justo motivo para creer" en el error, que no permite tener noción de su existencia.

La buena fe es necesario que también exista, porque es ésta y no la mala la que siempre ha merecido la protección o benevolencia del legislador. El "error communis..." no tiene por qué escapar a esta regla.

Oportunamente nos extenderemos también en lo que a lo anterior se refiere.

e) "... cuyo efecto consiste en la validación de actos jurídicos que en el rigor de la ley deberían ser nulos. Tal es la consecuencia propia de la aplicación del adagio; por una parte, da a las falsas apariencias el valor de la realidad efectiva; y por la otra, da al error el poder de dejar sin vigencia a la ley.

En base a dicha consecuencia es que quienes se oponen a la vigencia de la máxima esgrimen sus argumentos más enérgicos. Así, Laurent expresa elocuentemente: "Ante todo, nosotros protestamos, en nombre del Derecho, contra la máxima que parece darle al

Escaneado con CamScanner

error el poder del Derecho. El Derecho es la expresión de la verdad eterna. ¿Cómo el error podría jamás ser asimilado a la verdad?" (1). Sin embargo, veremos al estudiar, en capítulo aparte, los efectos del error común, que es precisamente como consecuencia de la justicia inmanente que inspira a la norma jurídica, que ha llegado a concluirse en ciertos y determinados casos que el error prevalezca sobre ella.

---

(1) Laurent. Ob. Cit., Tomo 13, N° 281.-

Escaneado con CamScanner

Capítulo III

FUNDAMENTOS DE LA MAXIMA

27.- Clases de Fundamentos.-

La vigencia del error común ha nacido de una necesidad de orden práctico fundada en la equidad. Tal es, sintéticamente, el sustento último de su validez.

Sin embargo, los autores han dado multiplicidad de conceptos sobre lo que ellos consideran que son los verdaderos fundamentos del error común.

Con el fin de evitar confusiones, dividiré el estudio de ellos, comenzando por el fundamento remoto, que es la equidad y terminando con la explicación de los diversos fundamentos inmediatos que presenta la doctrina.

A) FUNDAMENTO REMOTO: LA EQUIDAD

28.- Función que Desempeña este Fundamento.

El estudio de él no obedece a razones de interés doctrinario solamente. Para conocer con certeza la extensión que debe darse a toda institución jurídica, las circunstancias en que ella debe tener vigencia y las limitaciones que deben imponérsele, es menester saber antes por que ella existe y qué razones apoyan dicha existencia.

Todo esto es especialmente cierto tratándose del "error communis", pues muchas veces habrá intereses en juego que merecen parecida protección; y deberá preferirse entre ellos, no ya en atención a requisitos doctrinarios o legales, que pueden por ambas partes cumplirse con plenitud, sino en atención a la forma en que se sustentan esos intereses en los fundamentos morales que los protegen.

Por eso Louis Cremieu reprochaba a la jurisprudencia francesa que en la aplicación del error co

Escaneado con CamScanner

mún "aunque basándose en la equidad, su sistema llega a resultados chocantes" (1).

29.- Concepto de Equidad.-

Podría decirse que la equidad consiste en lo que respecta al Derecho, en una aplicación más "humana" de él. Como dice el autor italiano Ludovico Barassi, puede definírsela como "humanidad en el ordenamiento social" (2).

Todas las legislaciones consagran en una u otra forma la equidad. En nuestro Código Civil también hay disposiciones que se refieren expresamente a ella, como por ejemplo, el artículo 24, que la consagra como medio de interpretación de la ley; y disposiciones inspiradas netamente en ella, como por ejemplo los artículos 1490 y 1491, que validan enajenaciones y gravámenes otorgados en favor de terceros de buena fe. Sin embaro, la equidad he encontrado su máxima realización en el Derecho consuetudinario inglés.

30.- La "Equity" Anglosajona.-

A través de la evolución histórica, en Gran Bretaña la equidad ha ido tomando contornos definidos hasta llegar a denominarse, en base a una sinonimia histórica, "Las Doce Tablas de la Equidad", que se traducen en principios que pueden formularse de la siguiente manera:

"1.- La equidad no tolera agravio sin reparación;

"2.- Opera sobre las personas y no sobre las cosas;

"3.- Presume perfecto aquello que debe tener futura realización;

"4.- Prescinde de las formas, para tener en consideración preferente la naturaleza de las relaciones;

---

(1) Cremieu. Obra Citada, página 70.-

(2) Ludovico Barassi. "La Teoría Generale delle Obligazioni", Tomo II, p. 235.-

Escaneado con CamScanner

"5.- Supone siempre la intención de cumplir lo pactado;

"6.- La igualdad es, en principio, equidad;

"7.- Protege al diligente, no a quien descuida su derecho;

"8.- El que pide un fallo en equidad no debe estar incurso en dolo o mala fe;

"9.- A la solicitud de equidad debe proceder una conducta equitativa;

"10.- Si la solución equitativa es por igual favorable a las dos partes, se confía la solución al Derecho estricto;

"11.- Sin grave quebranto de la equidad, debe observarse la norma "prior témpore potior inre";y

"12.- La equidad complementa la ley" (1).

Como podemos deducir de la sola lectura de estas "Doce Tablas", se trata de conceptos que, naturalmente que adaptados a nuestro medio jurídico, deben prestar suma utilidad en la solución de conflictos que rebasan el plano de la argumentación jurídica.

31.- La Equidad y el Error Común.-

Como ya tuve oportunidad de exponer, la aplicación de la máxima "error communis..." se decidirá en gran parte de los casos atendiendo a su fundamento último la equidad.

La doctrina y la jurisprudencia así también lo estiman. Henri Mazeaud, refiriéndose a la aplicación del derecho, en forma estricta y pasando por sobre la buena fe de los terceros, dice: "La equidad rechaza tal rigor. La situación de hecho contraria al derecho nacida del error invencible, debe ser mantenida: Error communis facit jus" (2). Por su parte, la Jurisprudencia belga ha sido más estricta pero también se ha apoyado en la misma idea para referirse a la capacidad putativa de los testigos testamen-

---

(1) Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VIII, p. 632.-
(2) Mazeaud. Obra Cit., p. 933.-

Escaneado con CamScanner

tarios: "Solamente en el caso en que la equidad sea de tal manera preponderante que ella deba empinarse sobre el rigor del Derecho, regirá esta capacidad putativa" (1).

No es necesario, me parece, insistir detalladamente en las razones que demuestran cómo el error común encuentra su sustento en la equidad. Mal podría admitirse su aplicación, sobre todo si él encierra una violación de la ley, de no haber en juego una razón de supralegal, equidad natural, que hiciera justificable el abandono del rigor legal con los riesgos que él trae consigo y que he tenido oportunidad de hacer notar.

B) FUNDAMENTOS INMEDIATOS

32.- Variedad de estos Fundamentos.-

Los autores que se han preocupado del estudio del adagio "error communis..." han propuesto muchas ideas para justificar su aplicación. A pesar de que en apariencia constituyen una matizada variedad, en el fondo no son sino derivaciones del principio rector que es la equidad, en estrecha relación con las razones de orden práctico, que nunca están ausentes de los planteamientos doctrinarios.

33.- La Seguridad como Fundamento del Error Común.-

Haciendo un estudio de la doctrina, se comprueba una rara uniformidad en los autores para contemplar el factor seguridad como fundamento de la máxima. Todos difieren, eso sí, en el apelativo que dan a tal seguridad: unos la llaman "dinámica", otros "estática"; unos hablan de seguridad social, otros de seguridad en las transacciones o en los negocios o del comercio.

---

(1) Laurent. Ob. Cit., Tomo 13, N° 282.-

Escaneado con CamScanner

Lo que ocurre es que en realidad el adagio "error communis facit jus" tiende precisamente a estabilizar situaciones que, al perder validez, dejarían en la orfandad jurídica muchos derechos y obligaciones nacidos a su amparo. Por eso su efecto más preciado es dar confianza en que los actos jurídicos que sostienen las transacciones, no cederán, y continuarán sustentándolas; esa confianza provoca un saludable dinamismo en las relaciones jurídicas.

34.- La Seguridad del Comercio, de las Transacciones y Usos del Tráfico.-

En un dictamen de la Corte Suprema, el Ministro señor Leopoldo Urrutia contemplaba la aplicación de la máxima y la fundamentaba en que "la inestabilidad de las instituciones fundamentales no puede perturbar el régimen de la propiedad privada"(1).

Alrededor de estas mismas nociones, el autor alemán Víctor Loewenwarter, de destacada actuación en nuestros medios jurídicos, fundamenta la buena fe de que deben estar revestidas las declaraciones de voluntad en el Código Civil alemán, en los "usos del tráfico". Describe el fundamento que ese cuerpo de leyes ha encontrado para consagrar la superioridad de las apariencias jurídicas sobre la realidad, de la siguiente manera: "El Código Civil Alemán, por un método más unitario y social, prefiere, para establecer la seguridad del comercio, reconocer la apariencia seductora de las cosas, siempre que esta manifestación derive de una realidad objetiva indiscutible" (2).

Planiol y Ripert estiman también que la aplicación de la máxima "error communis facit jus" encuentra su fundamento próximo en la seguridad so-

---

(1) Corte Suprema. Dictámenes de los señores Ministros emitidos en los recursos de casación en el fondo, 1909, p. 842.-

(2) Loewenwarter obra citada, Tomo I, p. 14.-

Escaneado con CamScanner

cial y en la seguridad en las transacciones (1). Al defender la aplicación del adagio a los actos del heredero aparente, dicen que la solución de derecho estricto, que indudablemente conduce a sacrificar al tercero adquirente, "es casi inconciliable con las necesidades prácticas;... resulta muy discutible el valor de una regla que, para protegerlo contra daños de realización excepcional, crea una atmósfera de suspicacia, de incertidumbre y de inseguridad en todos los actos de cualquier heredero. Como los terceros adquirentes no podrían comprobar la validez de los títulos de esos herederos, se abstendrían de toda operación, tan pronto hubiera la menor duda, temiendo la evicción, y con ello se perjudicaría la circulación de los bienes" (2).

Por último, el fundamento a que me vengo refiriendo es, también, el traído a colación por Louis Cremieu. En efecto, haciendo alusión a la máxima dice este autor: "Ella refuerza la confianza en las transacciones, ella da satisfacción a las exigencias del crédito, ella tiende a favorecer la buena circulación de los bienes" (3).

35.- La Seguridad y el buen Orden en la Sociedad.-

Sin dejar de reconocer base a lo expuesto, la doctrina también cita otros fundamentos que subrayan la importancia social que encierra la aplicación y vigencia de la máxima "error communis..."

La complicación cada día más grande de los acontecimientos sociales y jurídicos, hace que cada día pueda irse menos al fondo de las cosas y que ca-

---

(1) Planiol y Ripert. Obra Citada, Tomo III, p.245, Tomo IV, p. 345.-
(2) Planiol y Ripert. Obra Citada, Tomo III, p.245 Tomo IV, p. 345.-
(3) Cremieu, Ob. Cit., p. 59.-

Escaneado con CamScanner

da vez haya que fiarse más de la apariencia verosímil (1).

Henri Mazeaud expresa que "el adagio encuentra justamente su fundamento en el interés social. El es ante todo un principio de buen orden en la sociedad. Es una regla protectora de la seguridad social" (2).

Don Luis Claro Solar, por su parte, encuentra el fundamento de la máxima en la noción de "buen orden en la sociedad", que inspira la protección que se debe al que ha obrado con prudencia (3).

36.- La Seguridad Dinámica y la Seguridad Estática.-

El autor francés René Demogue ha usado para designar lo que él estima fundamento directo del adagio "error communis...", una expresión muy acertada: seguridad dinámica. Es acertada porque lo que interesa a las relaciones jurídicas no es el solo logro de la seguridad, sino el que esta seguridad no signifique un anquilosamiento y, por el contrario, sea posible de obtenerse sin necesidad de turbar la marcha del comercio.

Expresa Demogue: "Cuando un error ha sido el hecho no de una persona solamente sino de diversos participantes en un acto jurídico y de un gran número de terceros, sobre todo si este error es excusable, la seguridad dinámica, la necesidad de fiarse de ciertas apariencias, hacen que deba existir la preocupación de proteger a las víctimas de ese error" (4).

El autor francés Bastian habla de la "seguridad estática". Citamos la noción, aún cuando ella no constituye fundamento del adagio "error com-

---

(1) Gorphe. Obra Cit., p. 184.-
(2) Mazeaud. Ob. Cit. p. 927.-
(3) Claro Solar. Obra Cit., p. 185.-
(4) Demogue. Obra Cit., Tomo I, p. 453.-

Escaneado con CamScanner

munis...", porque lo es para quienes se ven lesionados por un fraude o un acto vulneratorio de derechos adquiridos. La "seguridad estática" les permite permanecer en la situación o derecho que se les desconoce (1).

37.- El Riesgo Social o Abuso del Derecho.-

También se ha pretendido citar como fundamento del adagio que examinamos, las nociones de riesgo y abuso del derecho conjugadas.

En síntesis, se explica el efecto validador del error común diciendo que la negligencia de quienes están favorecidos por el derecho estricto les ha hecho incurrir en un riesgo social en virtud del cual se justifica el perjuicio que sufren en beneficio de quien se ve favorecido por tal error. La noción de abuso del derecho actúa también en cuanto a que hay tal abuso si se pretende prevalerse del rigor de la ley en una forma contraria a la equidad y a la justicia.

El autor español Calixto Valverde y Valverde esboza la noción de abuso del derecho referida (2).

Gastón Morin habla del riesgo y dice que él es creado, en el caso de las enajenaciones hechas por el propietario aparente, por la inacción del verdadero propietario (3).

Demogue califica esta explicación de "seductora"; pero estima que ella es excesivamente restringida, pues sólo puede tener aplicación en un caso: los actos del propietario aparente (4).

Cremieu, tantas veces citado, expresa que el verdadero heredero debe muchas veces ser sacrifi-

---

(1) Lisandro Cruz Ponce. "La Apariencia y el Derecho", p. 28.
(2) Valverde y Valverde. Ob. Cit.,Tomo III, p. 250.-
(3) Demogue. Obra Cit., Tomo I, p. 457.-
(4) Idem.-

Escaneado con CamScanner

cado a las enajenaciones del heredero putativo; y agrega: "Cada vez son más los sacrificios que el hombre debe hacer en favor de la colectividad. La vida social trae consigo "riesgos" y "responsabilidades" (1).

El profesor francés Emmanuel Levy se refiere concretamente como fundamento de la pérdida de un derecho por su titular al abuso del derecho, pues sostiene que si el titular de un derecho no lo ejercita, responderá de los perjuicios que ocasione a terceros con su no ejercicio, porque tal no ejercicio constituye un abuso del derecho (2).

La diferencia que hay entre el fundamento que se encuentra en el riesgo y el que radica en el abuso del derecho, consiste en que en el primero no hay intención de causar un error común; en cambio en el segundo se ha producido intencionalmente dicho error (3).

38.- La Salvaguardia del Crédito Público.-

Por último, citaremos a Julien Bonnecasse, que fundamenta el error común en una noción vaga y que él no se encarga de explicar: la "salvaguardia del crédito público" (4).

Parece que con ello ha querido referirse también a lo que antes hemos llamado "confianza o seguridad en las transacciones".

39.- Conclusión.-

Como ha podido verse de la relación hecha sobre lo que la doctrina expone como fundamentos del error común, cada explicación dada tiene asidero razonable.

---

(1) Cremieu. Obra Cit., p. 63.-
(2) Cruz Ponce. Obra Cit., p. 23.-
(3) Cruz Ponce. Obra Cit., p. 24.-
(4) Bonnecase. Obra Cit., Tomo IV. N° 69.-

Escaneado con CamScanner

Es pues posible decir que tanto la seguridad en las transacciones, como la seguridad del comercio, como el buen orden en la sociedad, como el riesgo social y el abuso del derecho, son fundamentos directos del adagio "error communis facit jus". Sin embargo, hay uno que lo es en mayor medida que todos los expuestos: la "seguridad dinámica" enunciada por Demogue.

En tal concepto se encierran los anteriores y se da expresión a la idea de "desenvolvimiento jurídico dentro de la estabilidad", que es lo que precisamente persigue la aplicación del principio del error común.

Escaneado con CamScanner

Capítulo IV

REQUISITOS DE APLICACION DE LA MAXIMA

40.- Generalidades.-

A través de la aplicación que la jurisprudencia ha hecho de la máxima "error communis..." y de los comentarios que ella ha merecido a la doctrina, han ido adquiriendo forma una serie de exigencias que deben llenarse para que ella pueda aplicarse.

Con el transcurso del tiempo ellas, sin embargo, han variado. Por una parte se ha dado un tinte de generalidad a los requisitos exigidos primitivamente, como también mayor abstracción a los conceptos usados para denominarlos; por otra se ha ido precisando lentamente el significado de ellos y la mayor extensión o restricción con que debe interpretárseles.

Sin embargo, un estudio concienzudo del problema permite colegir que no han sido enunciadas todas las exigencias que una jurídica aplicación de la máxima requiere. Por eso en este trabajo se ha agregado una que anteriormente ha sido considerada y cuya justificación se hará oportunamente.

De la definición que estudiáramos en capítulo anterior podían desprenderse los siguientes requisitos de aplicación de la máxima: A) Existencia de un error invencible; B) Participación en él de un gran número de personas; C) Justa causa de error; D) Buena fe. Yo he agregado por mi parte un quinto requisito: E) Virtual cumplimiento de la ley.

A) ERROR INVENCIBLE

41.- ¿Qué es la Invencibilidad?

Adelantamos ya que este requisito de la invencibilidad se refiere al error considerado en sí mismo, objetivamente, sin relación a las circunstan-

Escaneado con CamScanner

cias propias de la persona que cae en él. Por eso es necesario para determinar qué debe entenderse por error invencible, dar ciertas normas que sirvan de pauta y guía.

Comenzaremos por ver que dice la doctrina sobre la invencibilidad del error.

Hay un concepto primario de error invencible: es aquel al cual es imposible sustraerse (1). Pero esta definición de poco sirve, pues no es más clara que el propio término "invencible" y es precisamente el significado de éste el que se pretende obtener.

La doctrina va de un extremo a otro en materia de explicaciones al respecto: Por una parte, los de criterio más rígido han dicho que es aquel "contra el cual ninguna prudencia humana se pudo premunir, contra el cual es imposible de garantirse". O bien, "tal que los más prudentes y los más listos lo habrían cometido igual que aquel que reclama el beneficio; y, en lo que a éste concierne, le ha sido imposible evitarlo" (2).

Por otra parte, están los de criterio benevolente, que expresa que "basta que un acto o la situación presente exteriormente un carácter de suficiente regularidad, de tal manera que un individuo de inteligencia mediana y cuidadoso del buen estado de sus propios negocios pueda razonablemente equivocarse" (3). O bien "que es suficiente que para darse cuenta de un objeto o de sus circunstancias se preste aquella diligencia que las personas sensatas y no demasiado escrupulosas suelen poner en el mismo asunto" (4).

Como muchas veces ocurre, la solución más justa está en un punto intermedio. Aunque parece desprenderse lo contrario del término, la invencibilidad no representa una imposibilidad absoluta de ven-

---

(1) Dávila. Obra Citada, p. 136.-
(2) Bonnecase. Ob. Cit., Tomo VI, N° 63.-
(3) Gorphe. Ob. Cit., p. 185.-
(4) Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VIII, p. 655.-

Escaneado con CamScanner

cer el error, es decir, que no haya forma humana de evitarlo. Pero tampoco ella puede ser interpretada en forma totalmente contraria al sentido natural y obvio de la palabra. La invencibilidad consistirá entonces en que las apariencias de verdad que tenga el error sean tales, que su existencia escape al conocimiento y perspicacia de una persona diligente, en el manejo de sus propios negocios.

42.- Invencibilidad y Excusabilidad.-

Son estos dos conceptos muy similares; tal vez aquel que estudiamos como requisito del error común debería más bien llamarse "excusabilidad" que "invencibilidad". Sin embargo, hay una razón que podríamos tildar de psicológica para emplear el último de dichos términos.

En efecto, tratándose de una institución cuyo efecto consiste nada menos que en derogar la ley, y sobre todo en medios jurídicos como el nuestro, en que todo parece contradecir la vigencia de tal institución, se la debe establecer, en la medida de las proporciones y dentro de límites razonables, en los términos más restringidos.

Se entiende que el error invencible requiere más apariencias de verdad que el excusable. Pero el límite que deslinda ambos conceptos es imposible de determinar con precisión. "Entre el error invencible y el excusable hay un gran espacio intermedio, cuyos límites son difíciles de señalar", opinan Planiol y Ripert (1).

Sin embargo, en la práctica será poco frecuente el caso en que se presenten dificultades para determinar si efectivamente ha habido invencibilidad, siguiendo el criterio indicado en párrafo anterior. Es del caso agregar que, como lo ha dicho la Corte de Casación Francesa, el determinar la existencia de ella es facultad privativa de los jueces del fondo.

---

(1) Planiol y Ripert. Ob. Cit., Tomo IV, N° 346.-

Escaneado con CamScanner

43.- El "Título Colorado" como Presunción de Invencibilidad.-

La expresión "título colorado" tiene su origen en el Derecho Canónigo, para el cual los títulos se dividen en fingidos, inválidos y colorados. Este último es "el que tiene color y apariencia de verdadero, por cuanto fue conferido por superior competente y no se ve en su concesión vicio manifiesto, pero tiene algún defecto oculto que lo vicia o lo invalida" (1).

La doctrina francesa incorporó el uso de la expresión "título colorado" al referirse a aquél emanado de la autoridad, que ésta otorgaba participando de un error común.

Cuando lo hay, es decir, cuando la autoridad también participa del error colectivo, se considera que dicho error es invencible. Porque ¿cómo puede pedirse a un simple particular que sea más diligente que la autoridad misma en la observación de precauciones que a ésta corresponde tomar? Más aún ¿cómo puede evitarse la confianza y seguridad que inspiran los actos respaldados por un veredicto de la autoridad?

Pero aún cuando es efectivo que el título colorado constituye una presunción de invencibilidad, no lo es que él constituye un requisito de aplicación de la máxima, como algunos han pretendido. Y ello por una razón muy sencilla: en muchas oportunidades ocurre que un error es verdaderamente "invencible", en los términos que hemos explicado; y por falta de ocasión propicia la autoridad no ha participado de aquel error, en el cual, de haber existido tal ocasión, habría también de seguro incurrido. Sería absolutamente contrario a la equidad que se pretendiera quitar por eso al error su patente de invencible.

---

(1) Silva Bascuñán. Laudo Arbitral citado, considerando 72.-

Escaneado con CamScanner

Es por tal motivo que se ha otorgado al título colorado solamente la calidad de constitutivo de una presunción de invencibilidad.

44.- El Número de Participantes en el Error como Presunción de Invencibilidad.-

También permite presumir la invencibilidad el hecho de que muchas personas compartan el error que se trata de calificar.

Como veremos al estudiar el requisito que consiste en que el error sea colectivo, para que la presunción de invencibilidad exista es menester solamente que las personas que en gran número lo comparten lo hagan en forma pasiva; en cambio, para que el hecho de ser colectivo el error satisfaga el requisito de aplicabilidad de la máxima, es necesaria la participación activa en él.

La presunción de invencibilidad que emana del hecho de que muchas personas se encuentren en el error es perfectamente razonable, por cuanto es natural en el hombre actuar de acuerdo con los usos impuestos por sus semejantes, y en este caso no se trataría de otra cosa que de una actuación inspirada en una creencia general.

B) PARTICIPACION DE UN GRAN NUMERO DE PERSONAS EN EL ERROR

45.- Calidad de esta Participación.-

Acabamos de ver que, tratándose de la presunción de invencibilidad, sólo se exige una participación pasiva de un gran número de personas en el error. Sin embargo, tratándose del requisito para que exista "error communis..." es menester que dicha participación sea activa.

Aunque a primera vista parece una exigencia

Escaneado con CamScanner

algo arbitraria, no lo es en la realidad. En efecto, entre los fundamentos del error común se encuentra flotando una razón de orden práctico que los inspira a todos y que es, precisamente, lo que tienen en común todas las opiniones de los autores, que examinamos al estudiar los fundamentos del adagio. Esa razón de orden práctico consiste en que el trastorno que traería consigo la anulación de los actos viciados por el error común sería mucho mayor que el que trae aparejado la violación de la norma jurídica del caso.

Es evidente que para que tal trastorno se produzca, deberá necesariamente afectar el error a un gran número de actos. Y será precisamente aquí donde las razones de orden práctico jugarán para dejar sin efecto las reglas dictadas por la ley referentes a la nulidad.

Si la aplicación estricta de la ley no iba a lesionar en equidad los intereses de un gran número de personas, como ocurrirá en el caso de que el error sea compartido sólo pasivamente por la masa, aparecerá más valioso el interés de salvaguardar la majestad de la norma legal que el de proteger en un caso aislado la buena fe del afectado.

46.- Número de Personas Participantes en el Error.-

También la doctrina es poco uniforme en lo que respecta al número de personas que debe participar del error común.

La mayoría de los autores se limita a exigir la participación de "un gran número de personas", indeterminadamente (1).

Don Luis Claro Solar precisa algo más y dice que debe tratarse de un error "casi general" (2). Julien Bonnecase opina que debe sustentarse el mismo criterio de los glosadores, es decir, debe "tra-

---

(1) Dávila. Ob. Cit., p. 136.-
(2) Claro Solar, Ob. Cit., Tomo XI, p. 188.-

Escaneado con CamScanner

tarse de un error de la masa" (1).

Ninguna de estas nociones contempla el distingo entre participación activa y pasiva en el error. Sin embargo, todo parece indicar que al hablar del presente requisito los autores citados tuvieron in mente sólo la participación pasiva de la masa en el error.

En contra de estas opiniones que exigen la efectiva existencia de un gran número de participantes, se encuentra solitaria la de Mazeaud, que se apoya en algunos fallos de los Tribunales franceses.

Sostiene Mazeaud que, para calificar el error de común, no es preciso que todo el mundo caiga en él. Niega valor al criterio objetivo del número para darle validez y estima que un criterio subjetivo, más justo, es el sustentado por Pothier (Traité de la puissance marital. Segunda Parte N° 8), que sólo exige que el público haya tenido un justo motivo de creer. Estima Mazeaud que aún cuando haya sido una sola la persona víctima del error, él debe ser considerado común si cualquiera otra, en iguales circunstancias, hubiera incurrido también en él (2).

Al criterio objeto del número, Mazeaud sólo le da valor como constitutivo de una presunción de invencibilidad (3).

47.- La Noción de Notoriedad.-

En relación con estas apreciaciones sobre el número de personas participantes en el error, se encuentran las nociones de "apariencia" y "notoriedad", traídas a colación por Bastian.

La apariencia existiría objetivamente aún cuando fuera una sola la persona engañada por ella. Esta apariencia tomaría el nombre de "notoriedad" por el solo hecho de ser muchas las personas que comparten el error emanado de ella (4).

---

(1) Bonnecase. Ob. Cit., Tomo VI, N° 63.-
(2) Mazeaud. Ob. Cit., p. 937.-
(3) Mazeaud. Ob. Cit., p. 27.-
(4) Cruz Ponce, Ob. Cit., p. 27.-

Escaneado con CamScanner

48.- Importancia de este Requisito.-

El requisito de la concurrencia activa de un gran número de personas es precisamente el que le da la cacarcterística esencial al error común.

De ahí, se puede decir, nace el efecto validador que él tiene. Y también de ello emanan, en términos generales, los demás requisitos, puesto que, como hemos visto y veremos más adelante, la participación de un gran número de personas en el error crea una presunción de que él es invencible; como igualmente de que ha existido una justa causa de quien lo alega para participar en él y de que ha existido, por el mismo motivo, buena fe de su parte.

49.- Conclusión.-

De todo lo expuesto se desprende que el requisito en estudio debe necesariamente consistir en la concurrencia efectiva de un gran número de participantes en el error.

Ello no puede dispensarse, en primer lugar, porque ahí radica el motivo de existencia de la máxima; y en segundo término, porque el efecto validador que ella produce tiene su origen en la razón de interés general que pasa a constituir el hecho de que un gran número de personas se vea afectado por el "error communis...".

El criterio que debe regir para determinar cuando concurrirá el número suficiente de personas será materia de soberana decisión de los jueces del fondo. Ellos atenderán para determinarlo, ante todo, al trastorno que se producirá de aplicar estrictamente la ley a los actos realizados por gran número de personas. Ello servirá de pauta para saber si se cumple con el presente requisito.

Escaneado con CamScanner

C) JUSTA CAUSA DE ERROR POR PARTE DE QUIENES LO COMETEN

50.- En qué Consiste este Requisito.-

Tuve ocasión de decir, anteriormente, que el presente requisito, tal como la buena fe, a la cual está muy vinculado, es de carácter netamente subjetivo y no puede apreciarse "in abstracto".

La justa causa de error variará pues, de un caso a otro y de una persona a otra. Lo que para uno puede constituirla, dadas sus circunstancias particulares, tales como su cultura personal o el desconocimiento que en determinada materia tenga, puede no constituirla para otro, que precisamente en la materia sobre que versa el error tenga conocimientos especiales que debieron hacerle precaverse debidamente de incurrir en él.

La doctrina tampoco se pronuncia sobre lo que debemos entender por "justa causa de error"; sólo algunos autores se refieren específicamente a ella, confundiéndola unas veces con la buena fe y otras con la invencibilidad, lo cual, según ya hemos visto y veremos también más adelante, constituye una impropiedad.

Pothier decía que la justa causa de error es un "justo motivo de creer" (1), concepto con el cual nada avanzamos.

La Jurisprudencia francesa ha hecho referencias "a la perspicacia y prudencia de cada cual, que le habrían permitido defenderse del error" (2).

Ya ello se acerca más a un concepto claro de lo que en realidad es esta justa causa de error.

Yo diré que ella consiste en una o más circunstancias personales referidas a un caso concreto, que no permiten a una persona percatarse de la existencia de un error; debiendo en cada caso calificar-

---

(1) Citado por Gorphe. Ob. Cit., p. 187.-
(2) Idem.-

Escaneado con CamScanner

se tales circunstancias por el Tribunal llamado a conocer del asunto.

51.- Característica Esencial del Requisito.-

Lo que permite diferenciar a este requisito de otros es su carácter de absolutamente variable en cada caso particular, lo que no permite dar de él una definición "in abstracto".

Al interesado en demostrar que ha existido la justa causa le corresponderá probar que, dadas sus circunstancias particulares y empleando la debida diligencia, no ha podido percatarse de la existencia de un error.

52.- Forma en que debe Entenderse él en Relación con la Invencibilidad y la Buena fe.-

Ya dije que la mayor parte de los autores confunde la justa causa de error con la invencibilidad de él.

Ellos son conceptos similares, pero no idénticos. En efecto, la invencibilidad del error puede apreciarse en forma abstracta y general; es un requisito de carácter objetivo que podrá probarse por hechos ajenos a quien pretende demostrar su existencia. Si en un juicio se ha declarado invencible un error, puede perfectamente hacerse valer ante otro Tribunal este antecedente.

La justa causa de error, en cambio, es un requisito que cada persona puede o no tener, en relación con el error que ha cometido; es subjetivo. Jamás podría argüirse como fundamento de ella que en un caso diferente se consideró que concurría respecto de otra persona.

También la doctrina ha solido incurrir en confusiones en lo que respecta a la buena fe en rela

Escaneado con CamScanner

ción con la justa causa de error (1).

Aunque también existen puntos de similitud entre ambas, tales como el hecho de que deban apreciarse en concreto y de que sean de carácter subjetivo, hay una diferencia fundamental que permite distinguirlas.

En efecto, como luego se verá, la buena fe no tiene por qué ser producto de una justa causa de error. Puede que se determine, por el Tribunal llamado a conocer del caso, que en él no fue justo el motivo que indujo al error, por cuanto quien lo alega tuvo a su alcance medios de enterarse de él. A pesar de ello, la buena fe subsistirá, porque el desconocimiento de la existencia del error la había creado.

En síntesis, la justa causa de error representa un grado de exigencia más alto que la buena fe y la diferencia entre ellas es bastante sutil. Sin embargo, es del caso hacerla y establecerlas por separado, según luego tendré oportunidad de exponer.

D) ERROR COMETIDO DE BUENA FE.

53.- El Concepto de Buena Fe.-

La buena fe es una noción que tiene siglos de existencia.

La "bona fides" en el Derecho Romano, y en la época no mereció mayores comentarios ni importancia. La expresión interpretada gramaticalmente, significa "honradez" (2).

Cicerón la definió como "un estado de concordancia entre las palabras y los actos de un individuo" (3). Pero en la actualidad ese concepto es errado, puesto que lo que interesa y es determinante en la existencia de la buena fe son las circunstancias externas en relación con el fuero interno del individuo, y no la mera concordancia de aquellas, que exige Cicerón.

---

(1) Planiol y Ripert. Ob. Cit., Tomo II, N° 317.-
(2) Cruz Ponce. Ob. Cit., p. 52.-
(3) Elena Muñoz. Ob. Cit., p. 42.-

Escaneado con CamScanner

Se ha dado diversos conceptos de lo que debe entenderse por buena fe en la doctrina.

El profesor Eduardo B. Busso dice que ella consiste en el "cumplimiento que tiene en cuenta el fin de la convención" (1). Esta definición carece de la necesaria generalidad. Sin embargo, hace actuar un concepto interesante al hablar de "fin de la convención" ¿Qué debe entenderse como fin de la convención? De aquí podrían derivarse insospechadas relaciones entre la buena fe y la teoría de la causa.

Dice Demogue que buena fe es aquella "que tiene en cuenta el fin social que la obligación debe cumplir" (2).

Las definiciones vistas pueden guardar algún interés por la novedad de conceptos que encierran. Sin embargo, para nuestros fines esencialmente prácticos, según los cuales pretendemos obtener una noción de buena fe que permita dilucidar si ella ha o no existido en los casos en que se alega el error común, nos será de mayor utilidad una definición menos doctrinaria pero al mismo tiempo más realista.

Por eso el concepto que da el profesor Lomonacco es satisfactorio: "La buena fe, dice, es la segura conciencia de la observancia de todas las condiciones requeridas para la perfección de un acto jurídico determinado" (3). Como también lo es el que da Curti-Forrer: "Por buena fe es preciso entender la creencia sincera, es decir, la creencia dictada por la atención que se puede exigir dadas las circunstancias, en que en la adquisición o el uso de un derecho o en el cumplimiento de una obligación, no se lesiona ni el orden legal ni los derechos de terceros" (4).

La primera de las definiciones anotadas peca de restringida, pues parece referir la buena fe sólo a la forma de los actos. La segunda no lo es, pe

---

(1) Busso, Ob. Cit., Tomo III, p. 309.-
(2) Citado por Busso. Ob. Cit., Tomo III, p. 309.-
(3) Citado por Gorphe. Ob. Cit., p. 14.-
(4) Curti Forrer. Ob. Cit., p, 6.-

Escaneado con CamScanner

ro cae en una lamentable confusión con la justa causa de ellor, según se desprende la subdefinición que hace de lo que debe entenderse por creencia sincera. Según vimos, justa causa de error y buena fe son conceptos que deben permanecer diferenciados.

Sin embargo, del breve estudio hecho puede colegirse una definición útil y práctica: "la buena fe es la creencia sincera de la observancia de la ley en cuanto se refiere a la perfección de los actos jurídicos, a la adquisición o uso de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones que de ellos emanan".

54.- Carácter de este Requisito.-

Se trata de un requisito eminentemente subjetivo, que deberá apreciarse en cada caso particular, y sobre el cual no está permitido generalizar más de lo que se ha hecho. Como dicen Planiol y Ripert, "la buena fe se aprecia siempre "in concreto" y no "in abstracto" (1).

Es necesario anotar que la buena fe es también toda una institución jurídica. Desde luego, todas las legislaciones se refieren a ella, acordándole protección especial a quienes la poseen. Así, por ejemplo, hay disposiciones en diversos Códigos que ya no solamente hacen aplicación del principio referido en casos particulares y determinados, sino en forma general. El Código Civil Italiano, por ejemplo, exige la buena fe en la ejecución de los contratos. (artículo 1375) (2). El Código Federal Suizo de las Obligaciones, en su artículo 3°, presume la buena fe cuando la ley hace depender de ella el nacimiento o los efectos de un derecho (3). Y como esas, también, hay disposiciones similares en los Códigos Español, Alemán, Argentino, etc.

Sin embargo, aún cuando puede calificársela

---

(1) Planiol y Ripert. Ob. Cit., Tomo II, N° 317.-
(2) Barassi. Ob. Cit, Tomo III, p. 2.-
(3) Curti Forrer. Ob. Cit., p. 6.-

Escaneado con CamScanner

de principio de carácter general y de gran importancia en las relaciones jurídicas, la doctrina está acorde en que por sí sola no puede tener efectos creadores (1). Es, eso sí, un principio inspirador de otras instituciones; y ello ha hecho decir a Galfo Ruta que es "el alma de todas las aplicaciones de la ley moral (2).

La función creadora de la buena fé aparece cuando ella se encuentra apoyada en otra institución jurídica. Precisamente tal es el caso en que constituye un requisito de aplicación de la máxima "error communis..."

Pero no es esa sola función la que desempeña la buena fe en el campo jurídico. También se la encuentra jugando el papel de criterio de interpretación de los actos jurídicos, según ya hemos visto; como objeto de obligaciones emanadas de ellos; como merecedora de especial protección cuando proviene de un "error communis...". El primer caso es el llamado carácter "intencional" de la buena fe; el segundo el "leal y honesto"; y el tercero, el "inocente" (3).

55.- Buena Fé y Justa Causa de Error.-

Al estudiar la justa causa de error como requisito de aplicación del error común, dije que era diferente a la buena fe por cuanto representaba un grado de exigencia más alto que ésta.

Pero son diferentes, además, en que la buena fe es un estado de ánimo que puede desaparecer por múltiples circunstancias; y además, porque carece de todo rasgo de objetividad, lo que no ocurre en el caso de la justa causa de error.

En efecto, hemos visto que no existiendo ésta puede subsistir la buena fe, si persiste la creencia de la observancia de la ley. Y puede también ocurrir que, existiendo en apariencia una justa causa

---

(1) Mazeaud. Ob. Citada, p. 928.-
(2) Citado por Gorphe, Ob. Cit., p. 16.-
(3) Gorphe, Ob. Cit., p. 17.-

Escaneado con CamScanner

de error en razón de las circunstancias personales del individuo de que se trata, por un caso fortuito haya desaparecido la buena fe. Por ejemplo, si cae en sus manos un periódico viejo que delata el error común de que pretende valerse para que un acto que va a ejecutar no adolezca de nulidad.

Es necesaria, pues la buena fe establecida como requisito, para poder entrar a considerar, sin vacilaciones, el fuero interno del individuo.

Pero no puede negarse que la buena fe y la justa causa de error están separadas solamente por sutilezas. Así lo dice la doctrina, en algunos casos (1). En otros, se niega que haya diferencia alguna entre ambos requisitos (2).

Hay autores que niegan a la buena fe el carácter de requisito del error común y sólo le dan el carácter de "complemento indispensable para que nazca el derecho a la protección" (3).

56.- Prueba de la Existencia de la Buena Fe.-

Respecto a este punto existen tres posibilidades; todas ellas cuentan con autores que las sustentan:

a) Laurent, don Rafael Moreno y Claro Solar sostienen que ella debe probarse por el que la alega;

b) Zacharie y Aubry et Rau sostienen que ella se presume tratándose de un error de hecho; pero que debe probarse por quien la alega si se trata de un error de derecho; y

c) Don Manuel Somarriva y Planiol y Ripert opinan que la buena fe siempre debe presumirse (4).

---

(1) Somarriva, Derecho de Familia, p. 103.-
(2) Osvaldo F. de Castro L. "Matrimonio Putativo". Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 37, p. 63.-
(3) José Medina Pérez. "La Buena Fe en la Doctrina". La Legislación y la Jurisprudencia", P. 21.-
(4) De Castro. Obra Citada, p. 61.-

Escaneado con CamScanner

En mi concepto, el llamado a cargar con el peso de la prueba es quien niega la existencia de la buena fe; ello por una razón muy sencilla: la buena fe se sustenta en hechos negativos, que mal pueden probarse, siendo mucho más lógico, en consecuencia, exigir la prueba de los positivos que conducen a la mala fe. Además, existe una razón de equidad: quien alega el error común ha debido cargar con la prueba de la invencibilidad del error, de que él fue participado por un gran número de personas y de que hubo un justo motivo de creer. Es natural que, una vez acreditado todo eso, quien alega que ha habido mala fe deba probarlo.

E) VIRTUAL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

57.- Novedad de este Requisito.-

La doctrina en general nunca planteó la presente exigencia.

Sin embargo, en mi concepto, ella viene a constituir una necesidad que deriva del peligro que constituye de por sí la aprobación que la doctrina y la jurisprudencia han otorgado a la vigencia de la máxima. En base a ella, ha ocurrido y puede seguir ocurriendo que se le de una extensión que no tiene y, lo que es peor, una validez aún superior a la del precepto legal.

58.- Necesidad de este Requisito.-

La más perniciosa de las consecuencias que de ello pueden derivar, es la pérdida de la consideración hacia la letra de los preceptos legales que debe exigirse a quienes actúan en la vida jurídica. En efecto, ¿no es perfectamente posible que si se comprueba lenidad de parte de las autoridades en hacer respetar las leyes, insensiblemente se tienda a no observar estrictamente sus disposiciones?

Por eso es necesario establecer este nuevo

Escaneado con CamScanner

requisito del "virtual cumplimiento de la ley".

59.- Concepto.-

El consiste en que todo lo actuado en virtud de un error común, en violación de una disposición legal, tenga un resultado similar al que se habría obtenido de aplicarse estrictamente la ley.

Un ejemplo servirá para aclarar la idea: cuando un testigo de un acto, de quien la ley exige que sea mayor de edad, no lo es; y ha existido un error común en cuanto a su edad, que reúne todos los requisitos que hemos ya visto, tal error debe surtir pleno efecto validador de lo que en rigor de derecho debería ser nulo, si las cualidades del testigo, que provocaron la creencia general de que era mayor de edad, le permiten actuar con la misma competencia que si lo fuera; efectivamente en cambio, el error constituirá un vicio y no producirá efecto validador alguno si por su minoridad el testigo no desempeñó debidamente la función de tal, de manera que su asistencia al acto no sirvió para los fines exigidos por la ley.

En la hipótesis de que el testigo inhábil por ser menor de edad pudiera desempeñarse con la misma eficacia que si fuera mayor, los fines que la ley persigue se han visto cumplidos, aunque en rigor ella ha sido violada. Ha existido el "virtual cumplimiento de la ley".

En la hipótesis contraria, la violación de la ley ha traído consecuencias para la seriedad o validez que debería revestir el acto, pues la ley exigía la presencia de una persona que diera fe de él y no la ha habido. No se da cumplimiento virtual a la ley; y las reglas generales sobre la nulidad deben ser aplicadas.

Escaneado con CamScanner

Capítulo V

CLASIFICACION DEL ERROR COMUN

60.- Enunciación.-

El error común admite una sola y gran clasificación: en error común de hecho y de derecho. Como tendremos oportunidad de ver, en muchos casos son visibles las diferencias que a ambos separan; en otros son sutiles.

Sin embargo, los autores que aceptan la vigencia de la máxima, si bien concuerdan en que el error común de hecho debe aceptarse, suelen no opinar lo mismo sobre el de derecho, e impugnar su vigencia.

Las diversas legislaciones también guardan entre sí diferencias al respecto, según que en ellas sea admitida o no la ignorancia de la ley.

A) EL ERROR COMUN DE HECHO

61.- Concepto

Puede decirse que constituirá el caso más frecuente, y se le define como "aquél que recae sobre cualquier circunstancia que no consista en la existencia, interpretación o vigencia de la ley".

En otras palabras, es el que recae en todo aquello que no es el Derecho. Este es también, hablando genéricamente, un hecho como cualquier otro, pero desde el punto de vista jurídico, él merece diferenciarse de los demás.

Error común de hecho sería aquél, por ejemplo, en que cae gran número de personas, y consiste en el falso concepto que se tiene acerca de la edad de un testigo, a quien se cree mayor de lo que verdaderamente es.

Escaneado con CamScanner

B) ERROR COMUN DE DERECHO

62.- Evolución del Concepto de Error de Derecho.-

Ya los romanos enunciaban una distinción entre error de hecho y error de derecho.

El jurisconsulto Paulus decía: "Ignorantia vel facti, vel iuris est". (La ignorancia es de hecho y de derecho) (1).

Sin embargo, esta ignorancia "vel iuris" no era aceptada por los romanos; y de allí nació la máxima tradicional, que se enuncia en diversas formas: "Ignorantia legis non excusat"; o bien "Nemo legem ignorare consetur".

Con el tiempo estas ideas fueron adquiriendo flexibilidad. Así, el error de derecho está siendo excusable en casi todas las legislaciones, bajo ciertas y determinadas circunstancias (2).

Ello en razón de que se ha presentado el curioso fenómeno de que "mientras el error de hecho tiende a desaparecer por los medios de publicidad y de información, el de derecho tiende a aumentar, por la multiplicidad de las leyes" (3).

63.- Definición del Error de Derecho en General.-

Ya he soslayado más arriba una, al referirme al error común de hecho.

Puede decirse que error de derecho es "el falso concepto que se tiene sobre la existencia, interpretación o vigencia de la ley".

Más adelante volveré sobre el punto, al definir lo que debe entenderse por error común de derecho.

---

(1) Coelho. Ob. Cit., Tomo I, p. 98.-
(2) Gorphe. Ob. Cit., p. 133.-
(3) Mazeaud. Ob. Cit., p. 943.-

Escaneado con CamScanner

64.- Aceptación y Negación del Error de Derecho.-

La doctrina tiende a ser benevolente con el error de derecho, al contrario de la jurisprudencia, que en general, es más exigente. Razón de ello podría ser el que ésta se encuentra más ligada al respeto por el texto que aquélla; y los textos legales que aceptan el error de derecho son puntillosos en plantear exigencias a su excusabilidad.

Los autores, pues, estiman, en su mayoría, que el error de derecho debe ser aceptado.

No les faltan razones. El brillantísimo y elocuente Georges Dereux, ha recordado que "la ira", la pasión política, el amor, los celos, toda clase de móviles contra los cuales se debería saber defender, permiten atenuar la pena; y un error de derecho, aún invencible, un error sobre una ley muy reciente, de la cual el sentido todavía no ha sido fijado, no permite ninguna atenuación" (1). Y agrega más adelante "se ha reprochado a la economía política clásica de no estudiar al hombre real, si no de forjarse un tipo de hombre puramente imaginario y abstracto, un "homo económicus"; y de no estudiar sino esta quimera. Es posible que el Derecho Clásico merezca un reproche análogo; a veces apegado a la realidad, a veces alejándose de ella, él crea una especie de hombre imaginario y pretende no conocerlo sino a él, y sólo a él permite el acceso a los Tribunales. Este "homo jurídicus", que así podemos llamarlo, posee una mentalidad muy particular: tiene el notable mérito de conocer la ley a maravillas, de saber la última palabra de las cuestiones más controvertidas, de adivinar con anticipación los cambios de la jurisprudencia; y él, podría, parece, darnos preciosas lecciones de Derecho... Por desgracia, las abstracciones son mudas; para hablar es preciso existir; y el "homo jurídicus", éste es su único defecto, no existe"(2).

---

(1) Dereux. Ob. Cit., p. 535.-
(2) " " " " 553.-

Escaneado con CamScanner

Difícil será encontrar en la literatura jurídica un trozo más elocuente y salpicado de agudísima ironía. Cuanto dice Dereux es cierto, netamente cierto.

Sin embargo, hay poderosas razones que sustentan el pensamiento contrario, el cual comparto. El sacrificio que debe sufrir quien ignora la ley muchas veces será injusto; pero es un mal menor ante el que acarrearía el autorizar el desconocimiento de ella.

El mismo elocuentísimo Georges Dereux, que, como muchos autores franceses, se sienten dominados más por el brillo de sus conceptos que por la secuencia lógica de sus ideas, ha olvidado su defensa del error de derecho y le ha lanzado esta vez los más punzantes dardos de su ironía: "Dos personas otorgan un contrato, dice. Una con conocimiento de causa y la otra a la ligera y sin haberse enterado sobre el contenido de la ley. Y a causa de ésto se anulará el contrato. Por miedo de lesionar al contratante negligente e ignorante, se lesionará a aquél que se ha mostrado cuidadoso e instruído. Singular justicia es, en verdad, aquella que respeta por sobre todo la voluntad de los negligentes." (1).

También esta vez tiene la razón Dereux. Concluiremos que su segunda opinión es la más valedera. Fuera del motivo que él invoca para defender la presunción de conocimiento de la ley, hay uno de seguridad jurídica que aconseja mantenerla como advertencia para los negligentes y garantía para quienes han sido cuidadosos en la observancia de los preceptos legales. En este sentido se hermanan los dos adagios "nemo legem ignorare consetur" y "error communis facit jus", que algunos autores han pretendido situar en pugna, según luego veremos.

---

(1) Dereux. Ob. Cit., p. 524.-

Escaneado con CamScanner

65.- El Error de Derecho en las Legislaciones Modernas.-

Sin embargo, los Códigos más modernos tienden a aceptar la nulidad de lo que se obra en virtud de un error de derecho excusable. Sólo lo mantienen unánimemente en materia penal, pues reconocen que el desquiciamiento que necesariamente produce la excusabilidad del error de derecho tendría perniciosas consecuencias si estuviera referido a la ley penal.

En Francia no hay disposición expresa que autorice la ignorancia de la ley. Pero una jurisprudencia casi unánime lo ha admitido en ciertos y determinados casos, como por ejemplo, en el matrimonio putativo (1).

En Italia, el error de derecho se admite como motivo de nulidad del contrato, de acuerdo con el artículo 1109 del Código Civil, sólo cuando es causa única o principal de él. El autor italiano Francisco Ricci fundamenta esta disposición en que en las relaciones privadas es lícito ignorar las disposiciones legales, en tanto que no lo es en las relaciones entre el individuo y la sociedad, en virtud del principio de utilidad práctica de que los intereses generales deben prevalecer sobre los particulares (2).

En el Derecho Alemán, se equipara el error de hecho con el de derecho. Pero el error de derecho excluye sólo el dolo, más no lisa y llanamente la culpa (3).

El Derecho Español, en opinión de los autores, sigue siendo demasiado estricto para juzgar el error de derecho y no lo admite (4).

El Código Venezolano, por su parte, autoriza en el artículo 1147 para pedir la nulidad de un

---

(1) Planiol y Ripert. Ob. Cit., Tomo II, N° 317.-
(2) Francisco Ricci. "Derecho Civil y Teórico y Práctico", Tomo 13, N° 20.-
(3) Lehmann. Ob. Cit., Tomo I, p. 496.-
(4) Paul Oertmann. "Introducción al D°. Civil".p.240.

Escaneado con CamScanner

contrato fundándose en que éste ha sido la causa única o principal para contratar (1). Como vemos, se trata de un concepto similar al del Código Civil Italiano.

Me adelantaré a decir, pues volveré, en la tercera parte de este trabajo sobre el problema, que en el Código Civil nuestro no cabe alegar la ignorancia de la ley, sino en casos expresamente contemplados.

66.- El Error Común de Derecho.-

Francois Gorphe dice que el error común de derecho consiste en el hábito generalizado de una falsa aplicación o de una no aplicación de la ley (2).

Henri Mazeaud sostiene por su parte, que es el que recae sobre la existencia de una disposición legal (3).

Sin embargo ambos conceptos son incompletos. El es, como ya se ha adelantado, "aquel error común que recae sobre la existencia, interpretación o vigencia de la ley".

67.- Pugna de los Adagios "Error Communis..." e "ignorantia legem..."

La doctrina se ha preocupado del problema y ha discutido en consecuencia, la primacía de una u otra de las máximas citadas.

"Se ha opuesto, dice Demogue, al dicho sobre el error común, otro dicho más célebre: Nemo legem ignorare consetur". Pero la fuerza de este adagio, agrega, es absoluta sólo en materia penal" (4).

En la doctrina francesa ya Duranton estimaba que el error común podía caer sobre el hecho o sobre el

---

(1) Casas Rincón. Ob. Cit., Tomo I, p. 76.-
(2) Gorphe. Ob. Cit., p. 188.-
(3) Mazeaud. Ob. Cit., p. 957.-
(4) Demogue. Ob. Cit., Tomo I, p. 454.-

Escaneado con CamScanner

Derecho. Y citaba, como ejemplo de esta última clase, el que atribuía carácter público a los secretarios de alcaldía antes del dictamen de 2 de Julio de 1807, que tuve oportunidad de examinar latamente en la primera parte de este trabajo (1).

Hay autores que se oponen a que pueda tener vigencia el error común de derecho. Así, Calixto Valverde y Valverde sostiene que "los casos que los escritores señalan como errores de Derecho, aplicados muchos de ellos al problema planteado -se refiere al error común- no pueden admitirse. En efecto, el error común hemos dicho que ha de ser invencible, y para que esto suceda, los jueces declaran con tal carácter el error de que ellos mismos no hubieran escapado; y así, se tiene como error de Derecho invencible, la interpretación de un texto nacida de una jurisprudencia errónea, error creado no por una decisión, sino por muchas". Agrega que también se ha pretendido hacer nacer el error común de derecho de la interpretación doctrinaria, aunque él tendrá o no valor según la consideración que tal interpretación merezca al respectivo legislador (2).

Es fácil colegir que la oposición planteada por Valverde es más superficial que de fondo. En cambio Louis Cremieu se opone, en forma más radical y fundada.

Dice este autor que "extender la aplicación de esta máxima al caso del error de Derecho, sería reconocer a la costumbre el poder de derogar la ley. Pero la costumbre no tiene el poder de derogar las leyes. Esta solución, que ha sido admitida en Roma, se impone en una legislación como la nuestra, que considera que solamente la autoridad legislativa es capaz de modificar o de anular la ley" (3). En concepto de Dávila Izquierdo, se trataría en el caso

---

(1) M. Duranton.- "Cours de Droit Civil Francais suivant le Code Civil", Tomo X, p. 80.-
(2) Valverde y Valverde. Obra Citada, Tomo III, página 251.-
(3) Cremieu. Obra Citada, página 67.-

Escaneado con CamScanner

de la aplicación de la "teoría del uso del Derecho", según la cual existiría una especie de prescripción adquisitiva en favor del grupo social, debida a una práctica contraria a la ley (1).

Demogue opina que las ideas expuestas carecen de fundamento y son solamente el producto de una confusión. "Admitir la derogación de la ley por el desuso es decir que una ley constantemente desconocida en el pasado no será más respetada en el porvenir. Aplicar el adagio a los errores de derecho es decir que, junto con permitir observar la ley en el futuro, será indulgente para los hechos pasados, para los actos realizados en el período en que se hace sufrir a la ley una especie de eclipse. Por el contrario, no solamente se puede decir que es necesario para la seguridad de las transacciones tener en cuenta errores de Derecho fáciles de cometer, sino que puede hacer observar que diversos textos del Derecho actual preven precisamente errores comunes sobre la extensión de la ley para tenerlos en cuenta" (2).

Mazeaud también adhiere a esta posición y expresa que en este caso no se trata de derogar la ley que subsiste, sino de mantener por general conveniencia una situación de hecho. Todo el problema se reduce, en su concepto, a determinar si el error de Derecho pudo haber sido evitado (3).

Julien Bonnecase estima que el conflicto entre los dos adagios es una pura ilusión. La máxima "nemo legem ignorare consetur" debe saber ceder ante la "error communis fatit jus". Todo consiste en saber bajo qué condiciones ello ocurrirá (4).

Con todos los antecedentes anteriores puede concluirse que efectivamente el error común de Derecho debe ser admitido. Lo que falta dilucidar es bajo que condiciones deberá serlo.

Sin embargo, tal problema no debe presentar

---

(1) Dávila. Obra citada, p. 135.-
(2) Demogue. Obra citada, Tomo I, p. 455.-
(3) Mazeaud. Obra citada, p. 967.-
(4) Bonnecase. Obra citada, Tomo VI, N° 62.-

Escaneado con CamScanner

dificultades. De acuerdo con el estudio que hemos hecho de los requisitos que debe reunir el "error communis..." para merecer aplicación, puede decirse que no hay razón alguna valedera para no aplicarlos al "error iuris". Este debe pues tener acogida cuando tales requisitos se cumplan.

Debe dejarse establecido, eso sí, que será difícil que ellos se reúnan. En efecto, la aplicación del error común de Derecho tendrá que sustentarse en antecedentes poderosos y muy considerables razones de equidad. Mayor indulgencia constituiría un perjudicial precedente que dañaría la majestad de la ley.

Escaneado con CamScanner

Capítulo VI

CARACTERISTICAS DE LA MAXIMA "ERROR COMMUNIS..."

68.- Enunciación.-

Las características de la máxima "error communis..." son: A) Es un principio cuya fuerza no emana de textos positivos; B) Es una regla de carácter excepcional; C) Tiene el carácter doctrinario de supletoria; y D) Tiene cabida en todas las ramas del Derecho.

69.- Utilidad del Estudio de estas Características.-

Se justifica absolutamente un estudio separado de las características de la máxima, en especial por tratarse de un principio que se encuentra vagamente precisado por la doctrina e ignorado por los legisladores.

Por otra parte, ocurre con frecuencia que los capítulos en que usualmente se encierra el estudio de las instituciones jurídicas no bastan para configurar un concepto general de lo que tal institución representa. Por eso es útil entrar a hacer abstracción de ideas y examinar en globo qué es lo que caracteriza primordialmente la materia en estudio. De ello surgen conceptos que en ciertos casos pueden ser de utilidad en la aplicación de la institución de que se trate.

70.- A) Es un Principio cuya Fuerza no Emana de los Textos Positivos.-

Las legislaciones no han consagrado, con excepción de la del Portugal, una disposición expresa a dar vigencia a la máxima.

Escaneado con CamScanner

Puede decirse que ella constituye un precepto supra legal que espera pacientemente el momento en que la equidad y el interés general exijan su actuación, para evitar que el Derecho se convierta en la antítesis de si mismo: "summun jus, summa injuria".

Sin embargo, a pesar de no estar consagrada la máxima en preceptos legales, reconoce los mismos fundamentos que ellos; y por eso precisamente es que entre los requisitos que en mi concepto debe exigirse a su aplicación, está el del "virtual cumplimiento de la ley, que significa que la máxima no podrá ser aplicada en forma opuesta a las finalidades que la disposición legal persigue.

71.- B) Es una Regla de Carácter Excepcional.-

Como dice Francois Gorphe, "no podemos ver en la máxima "error communis..." sino un principio de excepción" (1).

Lo es, en realidad, porque su vigencia deberá limitarse a las ocasiones en que el Derecho sea impotente para contener la injusticia.

De ello se sigue que la máxima deberá aplicarse siempre en forma estrictiva, exigiendo con rigor los requisitos que plantea la doctrina.

72.- C) Tiene el Carácter Doctrinario de Supletoria.-

Ello significa que, según he mencionado de paso, sólo a falta de preceptos jurídicos positivos conciliables con la equidad, podrá actuar el adagio.

Así, por ejemplo, el jurista verá, antes de decidir la aplicación de la máxima para consagrar una situación de hecho viciada por no haberse cumplido estrictamente con la ley, si cabe la prescripción de la acción que solicita la nulidad; o bien, si cabe hacer jugar el principio de la cosa juzgada en el

(1) Gorphe, Ob. Cit., p. 237.-

Escaneado con CamScanner

caso. Cuando se convenza de que la ley no autoriza la solución que es evidentemente más justa, sólo entonces podrá examinar si existen los requisitos que permitan la aplicación del error común.

73.- D) Su Campo de Acción se Extiende a todas las Ramas del Derecho.-

La máxima no está limitada al Derecho Civil, aunque es dentro de él donde mayor aplicación ha recibido. Su vigencia tiene la extensión del Derecho mismo, con las restricciones que cada especialidad impone.

Así, en materia penal no será admisible el error de Derecho, por muy común que él sea.

En el Derecho Público ha tenido especial vigencia el error común. Como luego veremos, la casuística de él en tales materias es frondosa.

Esta generalidad, que hace que el principio abarque todo el ámbito de la legislación, nace precisamente del hecho de que la máxima no haya sido formulada en los textos positivos. Ello habría significado por de pronto un germen de especialización de su aplicación a una rama del Derecho. La ausencia de enunciación en otras materias habría servido, precisamente, de argumento para negar en ellas su vigencia.

Escaneado con CamScanner

Capítulo VII

EFECTOS DEL ERROR COMUN

74.- Enunciación.-

Los efectos del error común pueden ser de carácter remoto, que son aquellos que traerá consigo la aplicación de la máxima en forma más o menos frecuente; y de carácter inmediato, que son aquellos que se producen en cada caso particular al cual la máxima es aplicada.

I.- Efectos Remotos.-

75.- Forma en que se Originan.-

El interés de la sociedad y del legislador en quien abdica o delega su soberanía, es que la ley, es decir, la norma de convivencia social que aquella se da a través de éste, sea lo más perfecta posible.

Por eso, aún cuando no se discute la conveniencia de dejarla sin aplicación en casos como el que se estudia, hay consenso para apreciar que ésta y otras situaciones similares deben tener un caracter excepcional; más aún, debe propenderse a que nunca exista necesidad de darles vigencia. De ahí el nacimiento de estas consecuencias a largo plazo que trae consigo la aplicación de la máxima.

Ellas son el formulismo y la publicidad.

76.- a) El Formulismo.-

Ihering ha dicho que la forma es a un acto jurídico lo que la imprenta a la moneda (1).

Esta importancia que se le reconoce a la forma ha provocado en la actualidad una vuelta al formulismo, al cual, en el Derecho actual, se le

---

(1) Citado por Gorphe, Obra Cit. p. 242.-

Escaneado con CamScanner

asigna un rol nuevo; sirve para que el acto jurídico de que se trata pueda surtir efectos "erga omnes"; para que nadie pueda alegar que tal acto no le empece (1).

Pero, por el mismo motivo, el formulismo constituye una protección a los terceros, que en virtud de él ven mejor garantizados sus derechos.

De todo lo anterior parece desprenderse la necesidad de crear una verdadera "teoría de las formas", que dá un carácter armónico y racional a las solemnidades que se exigen en los actos jurídicos.

77.- b) La Publicidad.-

Este segundo efecto indirecto de error común también va precisamente dirigido en su contra: como dice Mazeaud "las medidas de publicidad han restringido cada vez más el dominio del error común, con el conocimiento que dan al público" (2).

Especialmente ello tiene relación con la aplicación de la máxima a los actos de los propietarios aparentes en general, que en la tercera parte estudiará en detalle. Gorphe sostiene al respecto que "si un sistema bien organizado de publicidad permitiera a los terceros tomar conocimiento de las causas de anulación, de resolución o de revocación, se evitarían peligrosas sorpresas" (3).

II.- Efectos Inmediatos de la Aplicación del Adagio.-

78.- Provienen Directamente de su Aplicación.-

Los llamados efectos inmediatos del error común son aquellos que derivan de darle vigencia en

---

(1) Somarriva. "Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad", p. 43.-
(2) Mazeaud. Ob. Cit., p. 939.-
(3) Gorphe. Ob. Cit., p. 238.-

Escaneado con CamScanner

casos particulares. Como consecuencia de ello, se produce la validación de lo actuado violando un precepto legal; sin embargo tal validación sólo debe entenderse respecto al pasado. Por lo tanto, se ha dado valor de realidad a una situación meramente aparente, y se ha dejado sin aplicación una norma jurídica.

He ahí, sintéticamente, en qué consisten estos efectos inmediatos del error común, que paso a examinar a continuación.

79.- a) Validación de lo Actuado Ilegalmente.-

Este constituye el principal de ellos y puede, incluso, decirse que los demás no son sino derivaciones de él.

En virtud de la aplicación de la máxima a un caso determinado, lo cual podrá tener origen ya sea en una excepción opuesta a una acción de nulidad de lo obrado por error común, ya sea en una acción tendiente a la validación de lo actuado en virtud de él, se declarará que el acto pertinente es perfecto, a pesar de encontrarse ello en pugna con una disposición legal expresa.

80.- Formas que puede Revestir esta Validación.-

Puede ella ser declarada ya sea por una sentencia judicial o por una resolución de la autoridad administrativa o legislativa.

En el primer caso mencionado, tal declaración sólo surtirá efecto respecto a las partes que han intervenido en la controversia que originó la sentencia; y podrá, en consecuencia, ponerse en tela de juicio la validez del acto efectuado por error común, cuantas veces haya discordia sobre el punto y siempre que la autoridad de la cosa juzgada no se oponga.

Escaneado con CamScanner

En el segundo caso propuesto, la validación de los actos realizados por error común produce efectos "erga omnes"; y una vez que ella es declarada, no podrá alegarse la nulidad de los actos referidos. Vimos ejemplos de leyes francesas que habían procedido a tal validación en el siglo pasado al examinar el problema de la vigencia de la máxima en Francia, en la primera parte de este trabajo.

81.- b) Transformación de una Situación Aparente en Situación Real.-

En cada caso en que merezca aplicación la máxima, las circunstancias cuya ausencia en el rigor de la ley habría autorizado para pedir la nulidad del acto respectivo, se considerará que efectivamente se presentaron. Así, si se trata de validar los actos realizados por un notario ilegalmente nombrado, en virtud de la validación de ellos el nombramiento del notario se considerará que fue correcto; es decir, se dará a las apariencias (legalidad de la calidad de notario) mayor valor que a la realidad (ilegalidad de tal nombramiento).

Por eso Cremieu dijo que "la máxima "error communis facit jus..." tiene por efecto esencial transformar, en provecho de terceros, la situación aparente en situación real" (1). Aunque no siempre debe necesariamente producirse tal efecto en provecho de terceros, la afirmación de Cremieu es exacta en cuanto a que la transformación de la situación aparente en situación real aprovechará a aquellos en contra de quienes habría derivado perjuicio por la nulidad del acto respectivo y los liberará de las prestaciones que tal nulidad pudo haberles obligado a efectuar. Por ello es que algunos han dicho que es éste un "efecto liberatorio" del error común (2).

---

(1) Cremieu. Ob. Cit., p. 61.-
(2) Cruz Ponce. Ob. Cit., p. 53.-

Escaneado con CamScanner

82.- c) La Validación surte Efectos sólo para el Pasado.-

No podría ser de otra manera, pues lo contrario significaría erigir la ilegalidad en norma de Derecho. Nadie podría pues, discutir que la aplicación del error común sólo puede regir para los actos ya realizados.

Sin embargo, algunos autores han caído en la exageración de atacar, como luego expondré, la enunciación de que el error común constituye derecho, afirmando que, con ello, se pretende establecer una derogación permanente de los preceptos legales en todos los casos en que exista error común.

Demogue opina en la misma forma y expresa que "por eso el Consejo de Estado francés resolvió el 30 de Enero de 1885 que un error en la cifra de la población, que ha hecho nombrar en una comuna mayor número de consejeros municipales que los que la ley autoriza, no da al Consejo Municipal el derecho para nombrar en el futuro delegados senatoriales en proporción al número de consejeros" (1).

De donde también puede comprobarse que el error común, además de no tener vigencia sino para el pasado, debe aplicarse en forma restrictiva, por tratarse de una situación excepcional.

Mazeaud también conviene en que el error común sólo puede tener efectos para el pasado y agrega: "Bajo pena de mal conocerlo gravemente, él importa al contrario que, del día en que el error es descubierto, cada uno cese de participarlo" (2).

83.- d) Queda sin Aplicación, en el Caso de que se trata, un Texto Legal.-

De todo lo anterior fluye que, como consecuencia de los principios expuestos, una norma legal

(1) Demogue. Ob. Cit., Tomo I, p. 467.-
(2) Mazeaud. Ob. Cit., p. 956.-

Escaneado con CamScanner

determinada dejará de aplicarse a una situación que ella estaba llamada a regir.

De la vigencia rigurosa de las disposiciones de la ley se derivarían perjuicios y perturbaciones chocantes, cómo dice Gorphe(1). El resultado de tal aplicación sería absolutamente desproporcionado. Por eso se justifica este desconocimiento de la ley.

Tal efecto no puede faltar cuando se recurre a la máxima. "Cada vez que el adagio es invocado, se encuentra uno en frente de una regla de derecho que ha sido desconocida". (2).

84.- El Error Común ¿constituye Derecho?-

De la forma contundente en que ha sido enunciada la máxima es de donde se han originado los más violentos ataques en so contra. Ello es razonable; a primera vista no parece decir otra cosa que el error común es lo mismo que el derecho. Y con justicia entonces quienes no han profundizado mayormente en ella claman airados contra la consagración de tamaño delito de lesa ley.

Lo cierto del caso es que es correcto decir que el error común constituye derecho. ¿Qué ocurre si no con aquellos actos viciados de los cuales nunca se ha conocido ni se conocerá la ilegalidad? ¿No son válidos a los ojos de todos? Es en ese sentido en que es exacto el adagio: El error común que nunca es descubierto ni lo será, constituye derecho.

Si bien todo lo anterior es cierto, no lo es menos que tales errores no interesan a las ciencias jurídicas, porque de ellos no deriva problema alguno. Si interesan en cambio, aquellos que son puestos en evidencia; y respecto de ellos es que debe esclarecerse si continuarán constituyendo derecho una vez conocidos.

La doctrina ha dado su opinión. El problema es árduo puesto que, como dice Bonnecase "el

---

(1) Gorphe. Ob. Cit., p. 190.-
(2) Mazeaud. Ob. Cit., p. 929.-

Escaneado con CamScanner

sentido literal de la regla no ha sido hecho para allanar las discusiones que ella ha levantado y continúa levantando" (1).

La mayor parte de los autores protesta de que se pretenda dar al error la categoría de derecho. Laurente afirma que no hay necesidad de hacerlo para admitir que la capacidad putativa de un testigo sanea su incapacidad real. Agrega que "la ley habría podido, en tal caso, declarar el testamento válido en razón de la buena fe de aquellos que han llamado a un testigo incapaz... Ciertamente la equidad aplaudiría una disposición parecida, sin que haya necesidad de estremecer los fundamentos del orden social poniendo el error de una misma línea que el Derecho" (2). Wahl, por su lado, afirma, sin dar razones, que "la máxima error communis facit jus no significa que una situación de hecho tenga los efectos de una de derecho, dado el caso de que la opinión común y en particular el beneficiario de esta situación, ignoren que ella no es conforme a Derecho" (3).

Demogue está de acuerdo en que el error común no puede decirse lisa y llanamente que constituya Derecho; "de tomar esta máxima al pie de la letra, el error casi no traería consigo efectos jurídicos: la teoría quedaría, por así decirlo, ahogada" (4).

Todas estas opiniones son razonables. Es efectivo que la máxima no puede tomarse al pie de la letra, ya explicaba el por qué. Pero ello no es mayor problema y no debe tampoco causar tanto aspaviento en la doctrina, pues se conoce sobradamente el alcance que debe dársele.

En efecto, diré con Claro Solar que no debe dársele un alcance que no tiene, es decir, el de crear un precepto legal, sino recordar que el solo objeto que ella persigue es proteger a aquellos que

---

(1) Bonnecase. Ob. Cit., Tomo VI, N° 55.-
(2) Laurent. Ob. Cit., Tomo 13, N° 285.-
(3) Albert Wahl "Hypotheque consentie par un propietaire apparent au profit d'un créancier de bonne foi", p. 7.-
(4) Demogue. Ob. Cit., Tomo I, p. 452.-

Escaneado con CamScanner

han caído en el error común de buena fe (1).

El autor francés Loniewski ha tenido una feliz expresión para delimitar el significado del adagio. Ha dicho que el "error communis..." no crea el Derecho objetivo, pero si derechos subjetivos" (2).

François Gorphe da también una explicación acertada del problema, cuando expresa que "el error común sirve para excusar la creencia de aquel que invoca su buena fe como medio de defensa para conservar una situación adquirida. Este es el elemento externo y objetivo sobre el cual se apoya la buena fe como sobre un justo título. En este sentido se dice que el error común crea el derecho" (3).

De todo lo anterior puede desprenderse que la máxima no está tan desprovista de sentido en su tenor literal; sin embargo, él debe ser interpretado en forma racional y no pretender otorgarle una extensión que no tiene, completamente apartada de la finalidad perseguida por la máxima.

---

(1) Claro Solar. Ob. Cit., Tomo XI, p. 196.-
(2) Citado por Mazeaud. Ob. Cit., p. 958.-
(3) Gorphe. Ob. Cit., p. 185.-

Escaneado con CamScanner

Capítulo VIII

PARALELO CON OTRAS INSTITUCIONES JURIDICAS

85.- Enunciación.-

El error común reconoce similitud con otras instituciones jurídicas, ya sea por los fundamentos en que se inspira, por los elementos que lo componen o por los efectos que produce.

I.- El Error Común y el Error Vicio del Consentimiento.-

86.- Nociones sobre el Error Vicio del Consentimiento.-

Al estudiar la definición del error común en forma analítica, nos detuvimos a definir en particular el concepto de error. Me remito a lo expuesto al respecto en esa oportunidad.

Sin embargo, con el fin de dar pie a un somero examen del error como vicio del consentimiento, diré aquí que él es, en términos generales y desde el punto de vista jurídico, el falso concepto que se tiene de un hecho, de un acto jurídico o de la ley.

El error admite diversas clasificaciones: el error de hecho y de Derecho; el primero puede ser esencial (no hay consentimiento), sustancial (hay consentimiento viciado) y accidental (no vicia el consentimiento).

El error vicio del consentimiento produce en nuestro Derecho la nulidad relativa del acto o contrato en el cual recae.

87.- Similitud con el "Error Communis..."

El error como vicio del consentimiento se asemeja al error común en que ambos comstituyen un falso concepto de la realidad.

Escaneado con CamScanner

También ambos, en estricto Derecho, autorizan para pedir la nulidad de lo que se ha obrado en su virtud.

88.- Diferencias.-

Sin embargo, las diferencias entre ambos son profundas, mucho más que sus semejanzas.

En efecto, el error vicio del consentimiento es invocado por aquel que lo comete; el error común, en cambio, es invocado en contra de aquél que cae en él y éste precisamente pide que se mantenga lo que ha obrado por error.

Mientras el error vicio del consentimiento no sale de los límites del contrato, el error común abarca todo el Derecho (1).

Por último, es del caso decir que, contrariamente a lo que afirma Dávila Izquierdo en su obra, que el error común representa una excepción a la teoría del error, suprimiéndola por completo (2), lo que ocurrirá en la mayor parte de los casos será que la aplicación del error común no tendrá relación alguna con aquélla, puesto que la sanción de nulidad de los actos que éste valida se habría hecho efectiva por otros motivos que los enunciados en la teoría del error. Efectivamente, si por ejemplo existe error común sobre la calidad de notario de un individuo que se hace pasar por tal, quienes contratan ante él no estarían autorizados para pedir la nulidad del acto respectivo por haber concurrido un error que viciara el consentimiento, pues este error tendría solamente la calidad de accidental; en cambio sí lo estarían para pedirla por no haberse contemplado los requisitos que la ley exige en consideración al contrato mismo de que se trata, lo cual evidentemente no tiene relación alguna con la teoría del error.

---

(1) Mazeaud. Ob. Cit., p. 956.-
(2) Dávila Izquierdo. Ob. Cit., p. 152.-

Escaneado con CamScanner

II.- El Error Común y la Prescripción.-

89.- Nociones sobre la Prescripción.-

Ella es un modo de adquirir el dominio de las cosas o de extinguir la facultad de ejercitar acciones o derechos, por el transcurso de un tiempo determinado.

De acuerdo con ello la prescripción puede ser adquisitiva o extintiva. Ambas tienen relación con el error común.

90.- Semejanzas.-

La prescripción adquisitiva se asemeja al error común en cuanto al fin que ambos persiguen, cual es el de consolidar situaciones de hecho contrarias en su origen el Derecho en favor de quienes pudieron ser responsabilizados y sufrir las consecuencias de esta inobservancia de la ley.

La prescripción extintiva es la contrapartida de la adquisitiva; siempre corre "en contra" de alguien, mientras la segunda corre "a favor" de los individuos. Podría también desdoblarse el error común en forma similar, diciendo que él actúa por una parte en forma extintiva, "en contra" de quien está favorecido por el Derecho estricta y rigurosamente aplicado; y por otra "a favor" de quien ha incurrido en el error.

III.- El Error Común y la Cosa Juzgada.-

91.- Nociones sobre la Cosa Juzgada.-

La cosa juzgada es el efecto que producen las sentencias ejecutoriadas, en virtud del cual quien ha obtenido en su favor la declaración de un derecho tiene acción para exigir su cumplimiento; y aquellos a quienes, en general, aprovecha el fallo, para librarse de una nueva demanda sobre una cuestión ya resuelta en un juicio anterior.

Escaneado con CamScanner

La cosa juzgada puede ser formal y material. La primera se refiere a la imposibilidad de volver a abrir discusión dentro de un mismo proceso. La cosa juzgada material consiste en la imposibilidad de cualquier nuevo examen del negocio discutido, en el mismo proceso o en otro distinto (1).

92.- Semejanzas con el Error Común.-

No es necesario decir por qué el error común y la cosa juzgada son diferentes, pues ello es elemental.

Sin embargo, es útil dejar establecido que, junto con la prescripción, el error común y la cosa juzgada constituyen una trilogía estabilizadora de las relaciones jurídicas.

De este común fundamento y consecuencia nace la similitud entre las dos últimas instituciones.

Sin embargo, esta necesidad de estabilidad, de seguridad que llenan tanto la cosa juzgada como el error común, es satisfecha por ambos en forma sutilmente diferente.

Así, la sentencia que produce el efecto de cosa juzgada, como dice Pereira Anabalón, cabe siempre que sea injusta, ya por estar fundada en el error o el dolo del juzgador, ya porque la defensa de las partes no fue lo suficientemente expedita ya por otros motivos (2).

De manera que lo que se sacrifica en tal caso es el fin de justicia que la ley persigue para dar vigencia a un concepto que se considera más valioso, el de la seguridad.

Al aplicarse la máxima "error communis..." en cambio, lo que se hace es sacrificar la letra de la ley en pro de la justicia. Los fines que la ley persigue permanecen intactos; los medios de que se

---

(1) Antonio Vodanovic. H., Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. "Curso de Derecho Civil",T.I,p.77.
(2) Hugo Pereira Anabalón. "La cosa juzgada formal en el procedimiento civil chileno". p. 27.-

Escaneado con CamScanner

vale para lograrlos son soslayados. Todo ello bajo la inspiración del valor-seguridad.

IV.- El Error Común y la Teoría de la Imprevisión.-

93.- Noción de esta Teoría.-

Cuando la obligación que una parte contrae en un contrato se torna excesiva e inequitativamente gravosa en su cumplimiento, a tal punto que ello no pudo ser previsto por esta parte al contratar, se considera que ha advenido un caso fortuito y que el cumplimiento de tal obligación en los términos pactados significaría un enriquecimiento injusto para el otro contratante, de manera que la equidad aconseja modificar los términos del contrato.

94.- Similitud con el Principio "Error Communis..."

En primer lugar, se asemejan ambas instituciones en que, por igual, propugnan la no aplicación de la ley cuando tienen vigencia (1).

Pero no es este sólo elemento el que las vincula. La doctrina exige también a la teoría de la imprevisión la concurrencia masiva de interesados. Como dice de la Maza, "el acontecimiento constitutivo de esa noción debe reunir, entre otras características, la de alterar y perturbar extraordinaria y gravemente la vida ciudadana" (2).

---

(1) Somarriva. "Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad", p. 43.-
(2) Lorenzo de la Maza. "La Teoría de la Imprevisión". p. 87.-

Escaneado con CamScanner

V.- El Error Común y la Inoponibilidad.-

95.- Noción de la Inoponibilidad.-

Bastian dice que es la "ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico" (1).

96.- Vinculación con el Adagio "Error Communis..."

Aunque la inoponibilidad es un principio que reconoce su origen en los preceptos legales, en lo que difiere del error común, tiene de semejante con éste el hecho de que ambos juegan en provecho de terceros cuando se les amenaza con un injusto perjuicio.

Por otra parte, a ambos se les concede el efecto de dar validez a las apariencias jurídicas y otorgarles la fuerza de la realidad misma.

IV.- El Error Común y el Derecho de Apariencia.-

97.- ¿Qué es el Derecho de Apariencia?

El Código Civil alemán dió cabida a una serie de aplicaciones de la máxima "error communis..." entre sus disposicones. Naturalmente, la doctrina alemana, bastante desvinculada de las tradiciones romanas, no hizo alusión alguna a la máxima; pero como era necesario fundamentar en alguna forma las disposiciones mencionadas se dijo que ellas estaban inspiradas en el efecto creador de la apariencia.

Lisandro Cruz Ponce dice, apoyándose en François Gorphe, que el derecho de Apariencia es el

(1) Citado por Vodanovic, Alessandri y Somarriva, Tomo I, p. 545.-

Escaneado con CamScanner

que se presenta cuando una situación reviste exteriormente un aspecto determinado de regularidad que en realidad no tiene y que puede inducir al público a engaño" (1).

98.- Vinculación con el Error Común.-

Como vemos, el concepto de apariencia define solamente una situación objetiva que por sí misma no produce consecuencia alguna.

Se ha pretendido por algunos autores crear una teoría de la apariencia; pero quienes lo han intentado se han limitado a repetir los conceptos ya conocidos sobre el error común, bastante vagos por cierto. Con ello sólo se ha logrado provocar en quienes no se han preocupado de profundizar en el problema la sensación de que este Derecho de Apariencia es una doctrina novedosa y práctica, cuando la realidad es que novedosa no es, porque todo cuanto puede enseñarnos es que la apariencia verosímil tiene la fuerza de la verdad, cosa que el error común había ya permitido afirmar; práctica tampoco, porque su falta de configuración no permite siquiera pensar en darle aplicación; y, por lo mismo, tampoco se trata de una doctrina.

En mi concepto, se ha hecho acopio de una simple determinación no precisada mayormente. Es tan absurdo crear un Derecho de "apariencia" que por sí misma produzca efectos jurídicos, sin sustentarse en antecedentes doctrinarios, y que pretenda desplazar al concepto de error común, como lo sería pretender establecer un Derecho del "tiempo" con el fin de que tomara el lugar de la prescripción.

Las cosas no deben ir más allá de decir que la prescripción es uno de los principales aspectos de la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas; y que el error común es, también, uno de los principales aspectos de la apariencia en las relaciones jurídicas.

---

(1) Cruz Ponce. Ob. Cit., p. 7.-

Escaneado con CamScanner

La denominación "Derecho de Apariencia" debe servir, pues, solamente para enunciar un capítulo del estudio del Derecho que se refiera a diversas instituciones que se fundamentan en la apariencia, tales como la simulación, el error común, etc.

Escaneado con CamScanner

Tercera Parte

CASOS DE APLICACION DEL ERROR COMUN ANTE LA DOCTRINA. LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACION CHILENA

Capítulo I

VIGENCIA DE LA MAXIMA EN EL DERECHO CHILENO

99.- Recapitulación.-

Como ya lo adelanté en la primera parte de este trabajo, hay antecedentes en nuestros Códigos que constituyen un fundamento más que plausible para alegar que dentro del Derecho chileno no puede tener cabida la máxima "error communis facit jus".

Sin embargo, aunque nuestra jurisprudencia ha sido contradictoria, en ciertos casos ha reconocido la vigencia de la máxima. Los autores, por su parte, cuando se ocupan de la máxima no le niegan vigencia; quienes han dedicado obras al error común o a materias afines, Memorias para optar al Grado de Licenciado en su totalidad, no se han pronunciado claramente sobre la validez de la máxima entre nosotros, y solamente han insinuado que efectivamente la tendría, haciendo versar el grueso de su exposición sobre las ideas de la doctrina extranjera.

100.- La máxima ante la Ley Chilena.-

Si bien en general todas las legislaciones positivas rechazan en mayor o menor grado, en estrictos términos, de interpretación, el adagio "error communis...", difícil es que se encuentre otra que lo haga con mayor énfasis, que la chilena.

En efecto, comenzando por el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, que expresa que

Escaneado con CamScanner

"ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo". Desde luego esta disposición aniquila de partida toda posibilidad de dar vigencia a la máxima.

Sin embargo, si nos atuviéramos a las reglas de interpretación que da nuestro Código Civil, especialmente a la del artículo 19 que dice, sin dejar lugar a dudas, que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu; y procediéramos a dar estricta aplicación al artículo 4° de la Constitución, ya citado, obtendríamos como resultado la más enorme de las monstruosidades jurídicas. Nadie podría actuar en ningún campo de actividad, sin la autorización expresa de la ley, pues la disposición dice claramente que a nadie será posible ejercitar otros derechos que los que "expresamente se les haya conferido por las leyes". Sería la destrucción total del principio de la autonomía de la voluntad, pues no bastaría ya la consagración general que nuestro Código Civil hace de dicho principio sino que sería necesaria la expresión particular de la ley para conferir cada uno de los derechos que en virtud de tal autonomía se originan.

Precisamente porque no puede ser así, es que el artículo 4° de la Constitución Política debe entenderse referido solamente al Derecho Público, aún cuando ninguna razón de texto autoriza para interpretarlo de esa manera.

Pero esto no impide que, de acuerdo con la primera parte de él, en relación con la última que sanciona con nulidad todo lo obrado en contravención al artículo, todas las actuaciones de los funcionarios ilegalmente nombrados y sobre la legalidad de cuyo nombramiento existe un error común sean absolutamente nulas, en términos, vuelvo a repetir, de estricta interpretación.

Escaneado con CamScanner

En seguida, el artículo 23 del Código Civil expresa que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. Nuevo antecedente preciso en contra de la vigencia de la máxima, pues siempre será en atención a lo odioso de una disposición legal aplicada estrictamente que la máxima tendrá aplicación.

También el artículo 11 del mismo Código es un agrumento fundamental en favor del rechazo del adagio por nuestra ley positiva. Dice que "cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley".

Tomemos el caso de más indubitable aplicación de la máxima "error communis...", en relación con el cual se acepta casi unánimente su vigencia, aún por la jurisprudencia chilena: el del ejercicio ilegal de las funciones de notario. Supongamos que el falso notario ha autorizado miles de escrituras públicas. Al descubrirse la ilegalidad del título del notario, se pedirá la nulidad de muchas de las compraventas de bienes raíces otorgadas ante él, porque, de acuerdo con el artículo 426 del Código Orgánico de Tribunales, "no se considerará pública o auténtica la escritura: 1°.- Que fuese autorizada por persona que no sea notario..." Y el artículo 1801 inciso segundo del Código Civil establece que la venta de bienes raíces deberá efectuarse por escritura pública.

Es evidente que las dos disposiciones legales citadas están proveyendo a un objeto de conveniencia pública o, en el peor de los casos, privada, lo que autoriza para entender aplicable a ellas el artículo 11, y declarar nulos, en consecuencia, los contratos de compraventa de bienes raíces, aún cuando se pruebe que ellos no han sido fraudulentos ni contrarios al fin de la ley; probándose lo cual habría quedado autorizado, según cuanto hemos dicho en la segunda parte de este trabajo, el aplicar el adagio "error communis..."

Escaneado con CamScanner

Esto nos demuestra que nuestra legislación positiva no sólo no contempla el error común, sino que lo rechaza de plano.

Aun más, en lo referente al error común de derecho concurren otras disposiciones igualmente expresivas, tales como los artículos 8 y 706 inciso cuarto. No cito el artículo 1452, que dice que el error de derechos no vicia el consentimiento, porque en tal sentido se hermana con el error común, pues se valida lo actuado pasando sobre un error.

El artículo 8 dice que nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia. La expresión nadie, en buenos términos de interpretación, incluye a todos aquellos que han sufrido un error común.

Es más discutible el artículo 706 inciso cuarto, que presume de derecho la mala fe de quien alega la ignorancia de la ley, pues no hay razón para hacerlo un principio de aplicación general, puesto que se trata de una disposición excepcional, que debe interpretarse restrictivamente.

Sin embargo, sirven ambos preceptos citados para comprobar que, en el caso del error de derecho, es mucho más evidente el rechazo que nuestra ley positiva ha hecho de la máxima en estudio.

101.- La máxima ante la Jurisprudencia Chilena.-

En el estudio que haré más adelante de los casos en que se ha dado aplicación al adagio en estudio, podrá colegirse que la jurisprudencia chilena ha sido contradictoria para apreciar la vigencia del error común.

Sin embargo, en dos oportunidades ha emitido juicios sobre la vigencia de ella en nuestro país; para no ser menos, dichos juicios son también contradictorios entre sí.

Así, la Corte Suprema dijo en una oportunidad, al validar los actos de un funcionario que ejercía ilegalmente su cargo, que ello se hacía "confor-

Escaneado con CamScanner

me a la máxima de derecho de aplicación universal y que aplicaron, incluso, las Leyes de Partidas: "error communis facit jus", que la legislación chilena acoge en casos diversos, como el curador de hecho, el matrimonio putativo, etc." (1).

La Corte de Concepción, por su parte, expresó el 21 de Agosto de 1929 que el principio aludido "no ha sido incorporado en forma expresa como regla general ni con respecto a alguna materia determinada en nuestra legislación, ni aparece que haya insipirado tampoco las doctrinas en ella dominantes; y si bien en alguna ocasión, como en la del artículo 1013, el legislador fija reglas que pudieran tener allí su origen, el hecho mismo de haberse estimado necesario establecerlo en un caso concreto y determinado, demuestra que tal principio es ajeno, sino contrario a las tendencias jurídicas del citado cuerpo de leyes y en particular de las relativas a los testamentos, de los cuales trata el título del cual forma parte el recordado artículo 1013. Cabe además observar que en dicha disposición del Código Civil se aplica el error común con respecto a hechos y circunstancias de orden privado, que atañen a las personas en su condición de simples particulares y que, por su especie y naturaleza, pueden ser y permanecer ignoradas del común de las gentes, pero de esto no puede seguirse ni por analogía que la ley permita admitirlo como regla aplicable a otros casos y menos aún cuando se trata de solemnidades o requisitos de existencia de actos o contratos y el error recae sobre la calidad de funcionario público, la que sólo puede generarse en conformidad a la ley, que se presume de derecho de todos conocida, y mediante actos que se producen con pública autenticidad" (2).

Este último fallo no constituye otra cosa que una aplicación estricta de la ley; es teóricamen

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 42, Sección Primera, p. 181.-

(2) Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena -Código Civil- artículo 1014.-

Escaneado con CamScanner

te mucho más perfecto que el anterior. Pero es también mucho menos equitativo y humano; es un fallo hecho para ese "homo jurídicus" de que nos hablaba Dereux, que no puede equivocarse en Derecho; pero que tiene solamente un defecto: no existe.

102.- ¿Significa ello que en nuestro país no debe tener Vigencia alguna la máxima?

Me limitaré a repetir lo que ya he dicho antes con insistencia. Nunca serán suficientes los textos jurídicos que así lo afirmen como para autorizar que el Derecho se convierta en arma propicia de quienes actúan de mala fe; en fundamentos de injusticia; en la antítesis de si mismo; en buenas cuentas, en "summa injuria".

La máxima "error communis facit jus" no puede ni debe ser desterrada de un régimen jurídico, porque ella actúa en defensa de la equidad y de la majestad de la ley misma, al no permitir que ésta se convierta en asidero de la iniquidad.

Pero la pugna que ella deberá librar con los textos de la ley indudablemente hará que su aplicación en nuestro país sea comedida y cautelosa, limitándose su aplicación, según expondré en el resto de este trabajo, a aquellos casos en que obedezca a un poderoso llamado del interés general y de la justicia; y en que los requisitos teóricos estudiados anteriormente se vean cumplidos en plenitud.

Escaneado con CamScanner

Capítulo II

PRIMER GRUPO DE CASOS DE APLICACION: EJERCICIO ILEGAL DE FUNCIONES PUBLICAS

I.- Ejercicio Ilegal de la Función de Notario Público.

103.- Caso de Mayor Aplicación en el Derecho Moderno.-

Como tuvimos oportunidad de ver en la parte histórica de este trabajo, éste es el caso en que el adagio ha merecido mayor aplicación tanto históricamente como en la actualidad.

Junto con eso y como razón de los anterior, puede decirse que tal es el caso en que generalmente mejor y con más frecuencia concurren los requisitos constitutivos del error común, pues el notario es depositario, puede decirse, de la fe pública; por lo mismo se presta a menos dudas que otras situaciones aparentes la que a él pueda afectar.

104.- La Situación ante la Doctrina.-

Sin embargo, en la doctrina extranjera la validación de los actos efectuados ante un notario aparente merece reparos, cuando se trata de aplicar la máxima "error communis".

Laurent afirma que los actos del notario que es extranjero cuando se exige como requisito para desempeñar el cargo ser de nacionalidad belga (en Bélgica se entiende), son válidos, pero en virtud del siguiente razonamiento: "Si el notario tiene el derecho de otorgar instrumentos, no es en razón de los requisitos que la ley exige para ser nombrado en las funciones de notario; es porque un edicto real la nombra notario y porque él ha prestado juramento; pues el nombramiento y la prestación de juramento

Escaneado con CamScanner

bastan para que él pueda ejercer las funciones notariales". Agrega más adelante que se "invoca la máxima "error communis facit jus" para llegar a esta conclusión. Esta máxima, dice, es muy discutible"(1).

En cambio, al comentar un fallo en que se declaró nulo un acto otorgado ante un notario nombrado por una autoridad incompetente para hacerlo, dice que "este caso es aplicación de los principios verdaderos". Se fundamenta para opinar así en que el notario no pudo prestar juramento válido ante una autoridad que no podía recibir tal juramento (2).

Baudry-Lacantinerie, afirma que un estamento público recibido por un notario fuera de su jurisdicción, que fue validado en consideración al error generalizado sobre su competencia, haciendo aplicación de la máxima "error communis facit jus", no debió ser considerado válido. La aplicación de la máxima, dice, es criticable, pues el notario fuera de su jurisdicción no es sino un simple particular que mal puede imprimirle autenticidad a un testamento (3).

Las dos posiciones expuestas son absurdas. La de Laurent, porque pretende escabullirse de reconocer valor a la máxima usando argumentos casuísticos poco convincentes, pero admitiendo en ciertos casos en mérito de ellos la validación de los actos realizados ante un notario incompetente. La de Baudry - Lacantinerie, porque constituye precisamente una aplicación inicua y exagerada de los preceptos legales, en circunstancias en que de la aplicación del principio "error communis..." no resultan sino beneficios para gran número de personas, sin que al mismo tiempo se lesione un interés público ni privado.

Duranton, en cambio, sienta la buena doctrina al establecer que "los actos recibidos por indivi

---

(1) Laurent. Ob. Cit., Tomo XIX N° 107.-
(2) Idem.-
(3) Baudry Lacantinerie. Obra citada, Tomo XI, N° 2007.-

Escaneado con CamScanner

duos inhábiles haciéndose pasar por notarios serán válidos, si no son nulos por otra causa, atendido a que el error público y común confirma, en interés de la sociedad, los actos hechos en virtud de poderes irrgulares que la autoridad ha concedido en forma equivocada" (1).

105.- Situación del Caso entre nosotros.-

En nuestro medio también ha merecido consideraciones el problema del Notario cuyo nombramiento es ilegal.

Es digno de citarse el laudo arbitral obra de don Marcos Silva Bascuñán de acuerdo con el cual se desecha la nulidad de un testamento por vicios en su apertura y otorgamiento (2).

Entre otros fundamentos de la nulidad alegada, se hizo valer el de que el testamento fue otorgado ante un notario nombrado por autoridad incompetente, pues de acuerdo con el artículo 39 del Decreto Ley 407, hoy incorporado al Código Orgánico de Tribunales, artículos 426 y siguientes, "no se consideraba pública o auténtica la escritura que fuese autorizada por persona que no sea notario, o por notario incompetente, suspendido o inhabilitado en forma legal".

El árbitro desechó la nulidad que en base a ese punto se solicitaba declarar, argumentando de la siguiente manera:

El artículo citado se refiere en primer lugar a las escrituras públicas que hayan sido autorizadas por persona que no sea Notario. Y por éstas, dice el señor Silva Bascuñán en su fallo, debe entenderse a los simples particulares o a los funcionarios o ministros de fe que no tengan título de notarios ni actúen como tales. En cuanto a la expresión

---

(1) Duranton. Ob. Cit. Tomo XIII, p, 62.-
(2) Marcos Silva Bascuñán. Laudo Arbitral. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 25, Sección Derecho, p. 133.-

Escaneado con CamScanner

"notario incompetente" empleada por la disposición, debe entenderse, de acuerdo con el significado legal y lingüístico de la palabra "incompetente", que ella se refiere a quien legalmente es notario, pero está ejerciendo sus funciones fuera del Departamento para el cual ha sido nombrado. En último término el artículo 39 del Decreto Ley 407 se refería a los notarios suspendidos o inhabilitados en forma legal, que no era el caso de la nulidad planteada.

La situación del notario, que había sido nombrado por autoridad incompetente y que carecía de título de abogado y no había, además, prestado la fianza correspondiente, no calzaba, según la sentencia arbitral citada, en ninguno de los casos establecidos en el artículo 39 referido, según hemos visto. Así, dijo en el considerando 65° que "la ley no se ha referido al caso de un notario que públicamente y por largo espacio de tiempo obre como tal y cuyo nombramiento emane de competente autoridad, pero a quien falte alguno de los requisitos que la ley establece para optar al cargo, y por lo mismo, en el artículo 39 no ha declarado expresamente sin valor las escrituras que él autorice".

En seguida, más adelante, y en relación con lo anteriormente expuesto, el considerando 69° expresa que, a falta de ley aplicable al caso, corresponde recurrir a principios de aplicación universal y razones de equidad natural, que están contemplados en el artículo 24 del Código Civil.

Como consecuencia, agrega a continuación, algunos Tribunales extranjeros aplican en casos semejantes al actual la antigua máxima jurídica romana según la cual el error común constituye derecho, aún cuando tal principio no se encuentra consagrado por ningún texto escrito en el derecho moderno, y además de que, fuera de estos antecedentes jurídicos, hay serios fundamentos racionales y de equidad para afirmar que si la autoridad hace un nombramiento, cualquier interesado que lo estime ilegal puede reclamar ante el Tribunal o magistratura correspondiente y la cuestión quedara resuelta y el derecho claro; pero si el decreto

Escaneado con CamScanner

que hace el nombramiento no es objeto de reclamación y el nombrado entra a desempeñar sus funciones, las actuaciones en que intervenga no deben ser invalidadas porque las ha ejecutado en el desempeño de una función pública que le ha sido conferida por la autoridad que, según la ley, puede conferirla. Y finalmente el laudo arbitral que nos ocupa hace referencias al absurdo que significaría exigir a toda persona que concurra a una notaría "que averigüe previamente si el notario que allí está llenó o no todos los requisitos legales para ser nombrado; que se imponga de la partida de nacimiento para conocer su edad y nacionalidad; de certificados que acrediten que es abogado, que juró, que rindió fianza y que el concurso, el examen y la terna fueron legalmente hechos, que no está en interdicción ni se halla procesado por crimen o simple delito ni está sufriendo la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos, y todavía que indague cuidadosamente si es de reconocida honorabilidad y buenas costumbres, todos estos, entre otros, calidades, requisitos o formalidades que deben tener los notarios y a que debe sujetarse la secuela de su designación, de acuerdo con lo dispuesto en el título primero del decreto ley 407" (1).

El aludo citado entra después a hacer consideraciones sobre las consecuencias que todo lo anterior acarrearía, concluyendo que sólo se lograría imposibilitar el otorgamiento de escrituras y testamentos que en muchas oportunidades están subordinados a la rapidez y facilidad con que puedan extenderse.

La sentencia arbitral que he descrito sintéticamente validó pues, en virtud del error común, cuanto se había obrado por un notario ilegalmente nombrado, en virtud del error común que sobre su calidad de tal existía.

Sin embargo, y a pesar de ello, el laudo arbitral dió aplicación a la máxima "error communis" en consideración a que no existía una ley expresa

---

(1) Silva Bascuñán. Laudo citado, considerando 69°.-

Escaneado con CamScanner

que estableciera una sanción para el caso de no cumplirse los trámites necesarios en el nombramiento del notario. Del tenor de las partes pertinentes del laudo que han sido expuestas se desprende que, en el caso de haber existido tal ley expresa, se habría resuelto en forma diferente, de manera que no puede decirse que se haya dado vigencia a la máxima "error communis..." en toda su plenitud; implícitamente se ha dado a entender que el efecto validador de lo obrado "contra legem" en virtud de ella no pudo aun en el caso fallado tener vigencia.

La doctrina, por lo demás, reaccionó ley en mano ante el fallo descrito. En el mismo tomo de la Revista de Derecho y Jurisprudencia ya citado, aparece posteriormente un comentario del prestigioso abogado don José Dionisio Correa Fuenzalida. En dicho comentario no solamente se niega lugar a la aplicación del principio en estudio en virtud de la falta de ley a que aludí anteriormente, pues se demuestra que existían disposiciones expresas sobre la materia; también se niega todo valor a las razones de equidad que pudieran hacerse valer contra el texto legal.

Comienza el señor Correa demostrando que, de acuerdo con el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, "ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

De ahí concluye que el nombramiento hecho por el Presidente de la República de un notario suplente, cuanto él correspondía hacerse por el Juez de Letras competente, es nulo, pues se encuentra el caso entre los expresamente previstos por la ley, puesto que el notario titular se encontraba inhabilitado, como se desprende del hecho de que dejara de ejercer sus funciones debido a la fractura de un brazo; todo lo cual demuestra que es equivocada la conclusión en contrario a que llegó el Juez Arbitro en su laudo.

Escaneado con CamScanner

Añade el señor Correa: "Luego, el señor Cohl Lizana, que intervino como notario autorizante del testamento del señor Silva Sepúlveda. No tuvo título legítimo de notario. Luego, este testamento fue nulo, porque no fue autorizado por competente funcionario".

Pasa después a referirse a la falta de legalidad del nombramiento de notario por no haber recaído dicho nombramiento en un abogado. Y expone los fundamentos legales que obligan a tener dicho título de tal a las personas que desempeñen el cargo de Notario.

Por último, se extiende en consideraciones de carácter estrictamente jurídico, llegando a la lógica conclusión de que todo lo actuado debe ser absolutamente nulo.

Y concluye el señor Correa, expresando: "No encuentra entonces conforme a derecho que la sentencia arbitral diga que si hubiera de invalidarse el testamento del señor Silva Sepúlveda "habría que aceptar el absurdo de imponer a individuos de buena fe, la sanción de nulidades que no han podido conocer, originadas por causas que no ha podido prever ni impedir" (1).

En esta polémica doctrinaria encontramos precisamente el nudo de lo que ha sido la discusión alrededor de la máxima "error communis..." hasta el día de hoy.

Es de toda evidencia que en ella la razón de derecho puro estuvo de parte del señor Correa; y son muy fuertes los argumentos de carácter más general que él hace valer en defensa de la majestad de la ley.

Sin embargo, cabe formularse una pregunta: ¿no deslinda esta estrictez jurídica en la iniquidad?

No puede llevarse tan lejos el respeto a la

---

(1) José Dionisio Correa F. Comentarios a un laudo arbitral. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 25, p. 155 y siguientes.-

Escaneado con CamScanner

ley, porque ello significa tornarse contra los fines de ordenación y estabilidad que el Derecho mismo persigue.

He formulado a lo largo de este trabajo una serie de exigencias a la aplicación del error común, que son una garantía de que ella siempre deberá hacerse dentro del espíritu de la ley. Y de la sola exposición de la controversia citada se desprende lo razonable que es aceptar su vigencia sin otras restricciones que las dichas en el presente capítulo.

Nuestra doctrina debe, pues, ha llegado el momento, desprenderse de la armadura de hierro legal que la embaraza, sin por eso perder la firmeza que protege la correcta aplicación de la ley y que, en mi concepto, siendo hoy por hoy un defecto, puede y debe convertirse en la mayor de sus virtudes.

106.- Otros Antecedentes Jurisprudenciales.

Nuestra Corte Suprema ha tenido, como ya he dicho, criterio contradictorio para apreciar el problema.

En una oportunidad decidió que un nombramiento de notario hecho en 1891, sin cumplir con las disposiciones legales y constitucionales, por un gobierno de constitución y no de hecho, debe ser nulo, porque el Presidente de la República excedió los límites de su mandato e incurrió en la sanción de nulidad de tales actos a que se refería el artículo 151 de la Constitución de 1833 (1).

En base a esa nulidad, la Corte decidió que un testamento otorgado ante el mismo notario tampoco era válido.

Sin embargo, el planteamiento de la Corte en ese caso fue redondamente ilógico. En efecto, si resolvió por la nulidad fundamentándose en el artículo 151 de la Constitución de 1833, no se ve el motivo por el cual implícitamente dió a entender que,

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 21 Sección Primera, p. 419.-

Escaneado con CamScanner

tratándose de un gobierno de facto, el testamento habría sido válido, como efectivamente lo resolvió en otras oportunidades, pues en tal caso concurren mayores motivos todavía para pronunciarse por la nulidad.

El mismo fallo citado agrega que también son nulos los actos otorgados por un Notario que no procede dentro de su territorio jurisdiccional; o se encuentra suspendido por resolución judicial, licencia u otra causa; y que, en general, no tenga título legítimo de notario.

Sin embargo, con posterioridad la Corte Suprema cambió de rumbos. En un fallo que cité con anterioridad, porque él implicaba un reconocimiento de la vigencia de la máxima en nuestro país, estableció en el considerando 20° que el notario que estuvo en posesión de un título colorado y ejerció su función en tal forma que la autoridad y el público en general aceptaron, había tenido el poder de otorgar válidamente los actos que correspondían a sus funciones, conforme a la máxima "error communis facit jus", de aplicación universal en el Derecho.

Dijo la Corte en esa oportunidad que "acreditado que no existía en el departamento correspondiente abogado en ejercicio legal de la profesión a la fecha en que se hizo el nombramiento de notario interino, que recayó en persona que no tenía la calidad de abogado, ni que el juez tuviera conocimiento fidedigno de que realmente existiera en la localidad una persona con título de abogado, el funcionario nombrado para el cargo de notario interino, estaba en posesión, al menos, de un título colorado que le permitía a la faz de las autoridades de la localidad ser considerado como notario, y revestir tal calidad ante el público que ocurría en demanda de sus servicios. Así se justifica su actuación en los numerosos instrumentos extendidos en los registros a su cargo. En tal virtud, la calidad de notario interino aparece suficientemente acreditada para las personas que solicitan sus servicios, sin que los otorgantes necesiten averiguar la legitimidad de sus funciones o investigar la calidad de su persona para desempeñarlas

Escaneado con CamScanner

válidamente. Semejantes precauciones no incumben a los que concurren a una oficina pública que se atiende de acuerdo con las condiciones que la ley exige para el desempeño del cargo y para el cual quien lo desempeña fue designado por la autoridad a la que correspondía el nombramiento. En consecuencia, es válido el testamento otorgado ante el notario interino que, sin tener título de abogado, desempeñaba el cargo en las condiciones dichas" (1).

De lo expuesto puede desprenderse que el caso resuelto por la Corte Suprema calzaba a la perfección dentro de las normas que en la segunda parte de este trabajo se exije para que tenga cabida el error común. Hay efectivamente en el caso un error invencible, en que, con justa causa y de buena fe, incurrió un gran número de personas y, a pesar del cual se dió virtual cumplimiento a la ley, pues la falta de legalidad del nombramiento de notario no tuvo consecuencias que impidieran la corrección de los actos otorgados ante él.

II.- Ejercicio Ilegal de otras

Funciones Públicas.-

107.- Distingo Previo.-

Es necesario, antes de entrar a estudiar este aspecto de la aplicación del error común, hacer notar que muchas veces se ha recurrido a la máxima para validar actos de funcionarios de hecho sin que ella pudiera estrictamente aplicarse, pues no concurrían los requisitos necesarios. En cambio, se trataba en tales casos de simples "estados de necesidad", en que los individuos se veían obligados a recurrir a funcionarios que sabían ilegalmente establecidos, por estar en la imposibilidad material de acudir a quienes legítimamente podían atenderles".

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 41, Sección Primera p. 547.-

Escaneado con CamScanner

La situación descrita cae ya en los dominios de otros aforismos jurídicos que dice que "a lo imposible nadie está obligado"y que da origen a las concepciones jurídicas del caso fortuito y de la fuerza mayor. Serían ejemplo de aplicación de ellas la validación de los actos efectuados ante funcionarios sin investidura alguna, en caso de crisis, guerra, revolución, etc.

108.- Casos citados por la Doctrina.-

Los autores aceptan en general la vigencia del error común en las actuaciones de los funcionarios de hecho. Se citan algunos casos que han tomado el carácter de clásicos.

El primero de ellos es el "affaire" de los matrimonios de Montrouge, que ya tuve ocasión de dar a conocer en la primera parte de este trabajo. En él, según vimos, se dió vigencia a la máxima "error communis..." por la Corte de Casación francesa y en virtud de la máxima "error communis..."

En segundo término, cabe citar la decisión de la Corte de Argel de 22 de Febrero de 1858 que validó los testamentos indebidamente recibidos por el secretario del comisario civil de Orleansville "considerando que es un principio constante en nuestro nuevo Derecho como en el antiguo, que la capacidad putativa fundada en un error común hace las veces de la capacidad real. Por lo demás, los testamentos recibidos por los secretarios civiles serían protegidos por el error común, que produce hoy día, como en toda época, los mismos efectos que la ley" (1).

Por último, cabe citar el caso a que alude Gorphe de los deudores del Tesoro, en Francia, que pagaron las sumas que adeudaban a agentes públicos ilegalmente nombrados o irregularmente investidos o que simplemente carecían del carácter de tales. En tal circunstancia y cuando los deudores "pudieron razonablemente creer que lo eran", se daba a tales pa-

---

(1) Gorphe. Ob. Cit., p. 192.-

Escaneado con CamScanner

gos el mismo efecto liberatorio que producían los efectuados ante agentes públicos regulares (1).

Eso en lo que se refiere a la Jurisprudencia extranjera.

La doctrina está, por lo demás, uniformemente acorde en que los actos de los funcionarios de hecho deben ser validados, tanto cuando se presenta un error común como justificativo, como cuando se trata de un estado de necesidad.

Así, incluso entre los mismos detractores del adagio se autoriza la vigencia de él para estos efectos. Coviello, por ejemplo, sostiene que es preciso reconocer como tal a todo funcionario que ostente un título (2).

109.- Aplicación de estos Principios en Chile.-

Puede decirse que en nuestro país la doctrina acuerda validar los actos pasados ante funcionarios de hecho; pero la Jurisprudencia, en cambio, ha sido contradictoria e incluso muchas veces ha actuado guiada por razones políticas, en lo que respecta a esta materia, como ocurrió despues de la Revolución de 1891.

Don Alfredo Barros Errázuriz sostiene que "si se trata de una persona designada por el Gobierno y que ejerce públicamente su cargo, sus funciones serán válidas, aunque haya algún defecto o ilegalidad en el nombramiento, porque el error público y común conforma, por razones de interés social, los actos hechos en esas condiciones: "Error communis facit jus" (3).

Esta opinión no ha sido contradicha por otros autores.

---

(1) Gorphe Ob. Cit., p. 191.-
(2) Citado por Demogue, Cit. Tomo I, P. 458.-
(3) Alfredo Barros Errázuriz, Curso de Derecho Civil, Tomo II, p. 338.-

Escaneado con CamScanner

La Jurisprudencia, como adelanté, ha sido menos uniforme.

De acuerdo con la ley de Régimen Interior, dictada en Diciembre de 1895, había incompatibilidad del cargo de Intendente con el de Comandante General de Marina. En aquella fecha, el Intendente de Valparaíso era Comandante General de Marina; y continuó desempeñando ambos cargos aún despues de dictada la ley referida.

Con motivo de condenas que él impuso y de otras decisiones importantes que tomó, se planteó la nulidad de sus funciones.

Don Leopoldo Urrutia, Fiscal de la Corte Suprema, dictaminó acogiendo la nulidad del nombramiento, pero validando los actos realizados por el funcionario inhábil. En tal sentido también se pronunció nuestro más alto Tribunal (1).

El mismo don Leopoldo Urrutia en un dictamen evacuado con anterioridad había dicho que "los habitantes en épocas de trastornos constitucionales o conmociones internas, no pueden, en justicia y equidad, perder sus derechos, ya que no está a su alcance rechazar los únicos medios que la función pública proporciona para ejercitarlos (2).

Pero numerosas decisiones de nuestros Tribunales de la época se pronunciaron en sentido contrario.

En efecto, con motivo de haber sido derrocado el Presidente Balmaceda, se pidió en 1893 la nulidad de muchos actos de los funcionarios nombrados por su Gobierno. Contrariando todos los principios expuestos, nuestra Corte Suprema concedió las nulidades solicitadas. Dávila Izquierdo, comentando tales decisiones, expresa acertadamente que "este criterio, justo respecto de las sanciones aplicables a las autoridades responsables, no lo es en cambio respecto de las personas que se vieron obligadas a recurrir a

---

(1) Leopoldo Urrutia. Dictamen citado p. 843.-
(2) Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 21 Sección Primera, p. 919.-

Escaneado con CamScanner

ellas por falta de otros funcionarios" (1).

Posteriormente, nuestra Jurisprudencia enmendó rumbos y se pronunció, en forma genérica, diciendo que "los Gobiernos que se exceden en la administración de un Estado, sean de hecho o de derecho, forman una sola entidad jurídica y deben responder de todas sus obligaciones contraídas legalmente"(2).

En otra oportunidad posterior declaró también nuestra Corte Suprema "que dentro de las condiciones imprevistas y anormales en que una guerra civil suele colocar a un Gobierno de Derecho, puede serle permitido ejecutar actos o celebrar contratos que obliguen la responsabilidad del Estado, aún cuando normalmente no se hayan llenado en ellos todas las exigencias de la ley" (3).

Pero a renglón seguido cambió de parecer, estimando algunos años más tarde que "los agentes o representantes del Ejecutivo carecieron en Agosto de 1891, año en que no se dictó la ley que debe fijar los gastos de la administración pública ni la que fija las fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse, de capacidad legal para obligar al Estado por un acto o contrato" (4).

La contradicción es manifiesta, pues en el último caso citado se trata precisamente de un Gobierno de derecho, pues es indudable que el de Balmaceda no lo fue de facto "sólo lo son los que conquistan el Poder violentando normas legales y por la fuerza), y en los actos respectivos no se habían llenado todas las exigencias de la ley. Ello constituye una configuración precisa del caso propuesto por el primero de los fallos.

---

(1) Dávila Izquierdo. Ob. Cit., p. 146.-
(2) Revista de Derecho y Jurisprudencia Sección Segunda, página 4.-
(3) Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 7, Sección Primera, p. 287.-
(4) Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 19 Sección Primera, p. 310.-

Escaneado con CamScanner

110.- Conclusiones sobre la Aplicación en Chile de la máxima "Error Communis" a los Casos Enunciados en este Capítulo.-

Debemos concluír sin la menor vacilación que en nuestro país debe tener plena vigencia el adagio tratándose de notarios ilegalmente nombrados u otros funcionarios de hecho.

En efecto, aunque no merece dudas que nuestra ley declara nulos todos los actos realizados por ellos, no debemos olvidar que la máxima "error communis..." tiene, por fin, precisamente validar actos que la ley declara nulos. Y también debemos recordar que los requisitos expuestos en la segunda parte de este trabajo son más que suficiente garantía de que la aplicación de dicho adagio no constituirá jamás un atentado contra la dignidad jurídica, sino, por el contrario, uno de sus más firmes sustentos.

Escaneado con CamScanner

Capítulo III

SEGUNDO GRUPO DE CASOS DE APLICACION: PERSONERIA O CAPACIDAD PUTATIVAS

I.- Habilidad Putativa de los testigos.-

111.- Es un Caso de Frecuente Aplicación.-

El que he propuesto es uno de los más frecuentes casos en que se requiere la aplicación de los principios del adagio en estudio.

Tiene de particular este caso que está contemplado en las legislaciones en forma casi unánime. Así, es un principio clásico en el Derecho que la habilidad putativa de uno de los testigos de un testamento no autoriza para pedir su nulidad.

Sin embargo, esta misma particularidad, como luego tendré ocasión de exponer, trae consigo también nuevas dificultades y trabas en la aplicación de la máxima; pues el principio de Derecho clásico a que aludía sólo autoriza la concurrencia a un testamento de UN testigo inhábil. Si hay error común sobre la capacidad de más de un testigo ¿será nulo el testamento?

Luego tendré oportunidad de responder fundamente a tal pregunta.

112.- La Situación en la Doctrina.-

Se refiere ésta al caso, estableciendo el efecto que es indispensable que el error sobre la habilidad o capacidad del testigo se apoye "sobre una serie de actos que formen para él una posesión pacífica y pública del estado que ella hace suponer" (1).

Aubry y Rau también aceptan este criterio. "La incapacidad, dicen, resultante, por ejemplo, del parentesco de uno de los testigos con un legatario, no vicia el testamento cuando, en razón de circuns-

(1) Gorphe. Ob. Cit., p. 193.-

Escaneado con CamScanner

tancias extraordinarias les ha sido absolutamente imposible al testador y al Notario conocer esta incapacidad" (1).

Baudry y Lacantinerie, por su parte, formulan el principio con mucha mayor estrictez: "La buena fe de aquellos que han empleado el testigo incapaz no basta para crear la capacidad putativa; es preciso que la buena fe sea fundada sobre documentos de los más auténticos, principalmente actos de la autoridad pública, tales como inscripción del testigo en las listas electorales" (2).

E incluso el ardiente detractor del adagio, F. Laurent, acepta la validación de los actos a que concurre un testigo incapaz, en virtud de la existencia de un error común e invencible. Pero se apresura a advertir que para admitirlo "No hay necesidad de dar al error la autoridad del Derecho" (3).

Tales opiniones carecerían de mayor interés si no fuera porque en la legislación positiva francesa no hay una disposición similar al artículo 1013 del Código Civil chileno, que autoriza validar los testamentos en que concurra un testigo cuya capacidad sea sólo putativa. Por eso es que puede decirse que la doctrina extranjera autoriza la vigencia del error común en tal caso.

113.- Jurisprudencia al Respecto.-

Estas decisiones de la Doctrina han sido hechas suyas por la Jurisprudencia.

La Corte de Aix dijo, dando al punto mayor generalidad, lo siguiente: "Atendido a que en vano se ha querido hacer distinciónes sobre la naturaleza de las capacidades de los testigos para los efectos de aplicar el principio del error común; y a que, admitiendo para ciertos casos este principio excepcio-

---

(1) Aubry y Rau. Ob. Cit., p. 120.-
(2) Baudry Lacantinerie. "Précis de Droit Civil" Tomo III, p. 613.-
(3) Laurent. Ob. Cit. Tomo 13 p. 283.-

Escaneado con CamScanner

nal, protector de la buena fe, por razones poderosas reconocidas en todo tiempo y sobre todo por aquella de una grave perturbación de intereses mayores y numerosos, es obligatorio admitirlo en todos los casos en que las mismas razones se producen" (1).

Este fallo tiene importancia, en primer lugar, porque da a entender que la aplicación de la máxima reviste carácter obligatorio; y en segundo lugar, porque al decir que debe ser admitido en todos los casos en que las mismas razones se produzcan, está permitiendo pensar que se autoriza que en un acto concurra más de un testigo cuya capacidad sea putativa, sin que por ello pueda pedirse la nulidad del acto respectivo.

Tal es la principal de las decisiones de la Jurisprudencia francesa al respecto. En términos generales, se puede decir, con Josserand, que ella ha convertido en una norma la validación de los actos a que concurre un testigo aparentemente capaz (2).

Sin embargo, es menester precisar que esto sólo tiene un carácter indiscutible en cuanto se refiere a los testigos testamentarios. En otras materias se encuentran fallos en sentido adverso. Por ejemplo, el de la Corte de París del 21 de Marzo de 1861, que determinó que el error común sobre la nacionalidad de una persona llamada a un Consejo de Familia, no impide la nulidad aún cuando tal persona haya sido un simple testigo (3).

114.- El Caso ante el Derecho Chileno.-

Entre nosotros el problema no ha merecido mayores comentarios, porque existe el artículo 1013 del Código Civil, que dice textualmente: "Si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente no se manifestare en el aspecto o com-

---

(1) Gorphe. Ob. Cit., p. 194.-
(2) Josserand-Derecho Civil, Tomo III, Volumen 3, p. 31.-
(3) Demogue. Ob. Cit., Tomo I, P. 461.-

Escaneado con CamScanner

portación de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo. Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos".

Tal disposición no ha merecido a nuestra Jurisprudencia mayor discusión. Es, en efecto, muy clara.

Sin embargo, cabe plantearse la interrogante de si es justificada la limitación impuesta por el inciso final del artículo 1013.

En mi concepto no lo es, en mérito de la siguiente razón: el artículo citado habla de "comportamiento" del testigo; y esto significa que todo en el testigo, incluso su modo de razonar, de actuar y desenvolverse le permiten cumplir con los requisitos indispensables para ser testigo de un testamento en la misma forma que un mayor de edad; aunque él sea menor, hay un "virtual cumplimiento de la ley", de manera que la habilidad putativa no tiene por qué ser menos que la habilidad real y efectiva, pues cumple los mismos fines que aquella.

Pero el problema que realmente interesa dilucidar es si esta disposición legal, que, por primera vez, redujo a ley positiva el antiguo principio del Derecho Clásico, aplicado según visto, en forma unánime por la Jurisprudencia francesa, significa que no podrá darse vigencia a la máxima "error communis..." si se trata de validar un testamento en que más de un testigo carece de habilidad real y sólo la tiene putativa. Acabo de explicar por qué pienso que la limitación del artículo 1013 es injustificada. Pues bien, tal limitación no empece tampoco a la aplicación de la máxima.

Me baso para opinar así en que no es ninguna novedad especial que haya una ley expresa que niegue vigencia al adagio. En todos los casos en que él se aplica la hay. Por otra parte, en mi concepto, no puede plantearse más exigencias a la aplicación del adagio que las ya estudiadas, a saber: error invenci

Escaneado con CamScanner

ble, en que ha incurrido con justa causa y buena fe un gran número de personas en forma activa y en virtud del cual los fines de la ley no se ven burlados. Ellas bastan y sobran para garantizar la equitativa aplicación del adagio.

Por otra parte, la equidad se logra así en forma más completa; vimos en la segunda parte de este trabajo que generalmente la aplicación del error común estaba inspirada en el fin de orden práctico de evitar un mal mayor que el de dejar de aplicar la ley, con la aplicación estricta de ella; en este caso la finalidad de orden práctico está en que, desde luego, nada habría sido diferente de haberse aplicado estrictamente la ley y en que por una excesiva rigurosidad en la observancia de las formas se dejará sin efecto y sin vigencia un acto cuyos fundamentos y fondo jurídico son perfectos; todo lo cual constituye un absurdo jurídico.

Débese pues concluír que nada obsta a que la máxima "error communis facit jus" rija para el caso de la capacidad putativa de más de un testigo de un acto o contrato, siempre que se reúnan en el caso los requisitos necesarios que hemos estudiado.

Por último, cabe hacer notar que los autores chilenos reconocen que en el caso del artículo 1013 existe aplicación de los principios que inspiran el adagio error communis (1), aunque, como vimos anteriormente, la Corte de Concepción estima que dicha aplicación constituye un argumento en contrario de la vigencia de la máxima en nuestro país, en razón de que si el legislador necesitó autorizar en este caso concreto expresamente su vigencia, es porque la repudia en todos los demás.

---

(1) Somarriva. Derecho Sucesorio, Tomo I, página 181.-

Escaneado con CamScanner

II.- Mandatarios aparentes.

115.- Validación de sus Actos en la Doctrina.-

Esta acepta que el abuso de poder cometido por el falso mandatario no sea oponible a terceros de buena fe que han estado equivocados, sin negligencia de su parte, en lo referente a la duración o a la extensión del poder que exhibe el mandatario aparente. Pero la decisión de la doctrina tiene como fundamento preceptos legales; en efecto, los artículos 2005 y siguientes del Código de Napoleón se refieren y reglamentan esta situación, protegiendo a los terceros de buena fe; en el mismo sentido se pronuncian legislaciones más recientes, como la del Japón (1). Gorphe llama la atención sobre el hecho de que el primer justificativo que existe de esta protección que se dispensa a los terceros de buena fe que contratan con el mandatario que se excede de sus facultades, es la falta en la legislación francesa de un sistema de publicidad regular y eficaz que permita a aquellos tomar debido conocimiento de las limitaciones o revocaciones que puedan sobrevenir al otorgamiento de su mandato (2).

116.- Jurisprudencia Francesa.-

Los Tribunales franceses han aplicado, en forma equitativa, la máxima "Error communis..." al caso planteado, según Gorphe, sea que el caso mandante tenga una parte de responsabilidad en la creación de la apariencia engañosa, sea que no la tenga (3).

---

(1) Gorphe. Obra citada, p. 199.-
(2) Idem.-
(3) Idem.-

Escaneado con CamScanner

117.- Legislación Chilena.-

Dentro de nuestra ley cabe citar en primer lugar el artículo 2154 del Código Civil, que dice: "El mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es sólo responsable al mandante; y no es responsable a terceros, sino, 1° Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes;2° Cuando se ha obligado personalmente".

El primer caso de este precepto constituye aplicación de los principios que inspiran al error común, pero no puede decirse que en forma absoluta y precisa. En efecto,no se habla allí de invencibilidad del error ni de buena fe, sino sólo del hecho objetivo de no haber dado el mandatario a los terceros suficiente conocimiento de sus poderes.

En este caso la ley ha sido blanda para con los terceros, dándoles una protección que la máxima aún aplicada con benevolencia no les habría podido dar.

Enseguida, cabe citar el artículo 2173, que se acerca mucho más al adagio que el anterior, y que dice a la letra: "En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante. Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice. Cuando el hecho que hubiere dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante".

Como ya dije, este precepto sí que constituye una aplicación más patente de los principios inspiradores del error común, pues en su inciso final, establece requisitos que conducen a hacer del

Escaneado con CamScanner

error en que han incurrido los terceros de buena fe uno de carácter invencible, dando al juez facultades amplias para resolver al respecto.

El Código de Comercio chileno también se refiere al problema del mandatario aparente.

En efecto, el artículo 391 se refiere al caso en que haya oposición por parte de alguno de los socios de una sociedad colectiva comercial para la consumación de los actos y contratos proyectados por otro, en virtud de la cual se suspende provisoriamente la ejecución del acto o contrato proyectado. Dice ese artículo: "Si a pesar de la oposición se verificare el acto o contrato con terceros de buena fe, los socios quedarán obligados solidariamente a cumplirlo, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizados por el socio que lo hubiere ejecutado".

Aunque debemos, desde ya, establecer que no hay una plena aplicación de la máxima en este caso, el artículo está fundamentado también en la necesidad de próteger la buena fe de los terceros, tal como aquella.

El artículo 399 del mismo Código de Comercio establece una disposición idéntica en caso de haber oposición o defecto de mayoría respecto a los actos de los administradores de la sociedad colectiva. Me remito a lo expuesto al referirme al artículo anteriormente citado.

118.- Jurisprudencia Chilena al Respecto.-

En nuestro Código Civil primitivo no existía la disposición del artículo 2173 que cité más atrás, que es la que da cabida plena a la protección de la buena fe de los terceros en los actos del mandatario aparente. Este precepto vino a ser incorporado por la ley 7.612, de 21 de Octubre de 1943.

Pero, aún así, la jurisprudencia dió cabida a tal protección en algunas oportunidades, declarando que no es nula la venta de un bien raíz hecha por un mandatario con poder para vender que había sido revocado con anterioridad a la venta, si el man

Escaneado con CamScanner

dante no prueba que el comprador tuvo conocimiento de la revocación antes de comprar (1). Esta decisión aplica el artículo 2154 ya citado en forma errada, pues plantea, como requisito para poder solicitar la nulidad de lo actuado por el mandatario que exceda sus poderes, el de que el comprador haya tenido conocimiento de la revocación o insuficiencia antes de comprar, en circunstancias que el artículo citado sólo exige que el mandatario "no haya dado conocimiento suficiente de sus poderes"; se trata entonces de probar una actuación objetiva del mandatario y no la situación subjetiva del tercero contratante.

La Corte Suprema volvió sobre sus pasos posteriormente y resolvió lisa y llanamente que un mandatario aparente no tenía facultad para vender un bien raíz, debiendo, por lo tanto, anularse dicha venta y accederse a la reivindicación pedida por el dueño (2).

Sin embargo, después ya de la ley 7.612 aludida más atrás, la Corte validó una venta de bien raíz hecha por un representante de una comunidad religiosa que se excedió de su mandato (3).

119.- Comentarios que merecen los Antecedentes Expuestos.-

No es difícil comprender que el caso del mandatario aparente cuyas actuaciones son validadas no constituye aplicación de la máxima "error communis facit jus". Cuando más se podrá decir que las resoluciones que validan tales actos reconocen un mismo fundamento que la máxima.

En efecto, expuse en la segunda parte de este trabajo y he repetido a todo lo largo de él que

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 6, Sección Primera, p. 215.-
(2) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 16, Sección Primera, p. 11.-
(3) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 51, Sección Segunda, p. 26.-

Escaneado con CamScanner

la única forma de evitar el abuso y la extensión indebida de la aplicación del adagio es estableciendo un nuevo requisito además de los exigidos por la doctrina y la Jurisprudencia hasta la fecha: el virtual cumplimiento de la ley.

Tal requisito no se presenta ni puede presentarse tratándose de los actos del mandatario aparente, pues el fin que persigue la ley con el mandato es que una persona pueda expresar su voluntad y, en general, actuar en la vida jurídica a través de otra, por razones de comodidad y mayor expedición en los negocios; cuando esta voluntad no existe, mal puede haber siquiera un virtual cumplimiento de la ley.

Sin embargo, el problema carece de trascendencia, pues vimos que los artículos 2154 y 2173 del Código Civil, salvaguardan satisfactoriamente la buena fe de los terceros, en la misma forma que lo hacen los artículos 391 y 399 del Código de Comercio.

Todavía más, en nuestro país existen respecto a los comerciantes las exigencias que Gorphe extrañaba en la legislación francesa. En efecto, el artículo 7° del Reglamento para el Registro de Comercio establece, en su número quinto, que deben inscribirse en dicho Registro los poderes que los comerciantes otorgaron a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios.

De manera que con toda exactitud puede decirse que en nuestro país no tiene importancia alguna el hecho de que la máxima "error communis..." no pueda tener cabida respecto a los actos del mandatario aparente, pues la ley misma ahorra toda necesidad de aplicación de ella.

III.- Guardadores Aparentes.-

120.- La Tutela de Hecho.-

Así ha llamado la doctrina al caso del guardador aparente, aunque la denominación no es afortunada, porque también puede tratarse de una curatela

Escaneado con CamScanner

de hecho, de manera que más jurídico y exacto es hablar de guardador aparente o de hecho.

Aubry y Rau dividen en dos clases las causales de apariencia de la tutela o curatela: a) Cuando el nombramiento ha sido posteriormente anulado; y b) Cuando en la persona del tutor o curador existía una causal de exclusión o de incapacidad.

Los mismos autores sostienen que, en ambos casos, merece aplicarse la máxima de que el error común constituye derecho, en favor de terceros de buena fe, que son aquellos que creían que el menor estaba válidamente representado por el tutor con quienes ellos han tratado (1).

La jurisprudencia francesa se pronuncia en el mismo sentido (2).

121.- Aplicación de estos Principios en Chile.-

Nuestra legislación contiene dos preceptos que se refieren a los guardadores de hecho.

El primero es el artículo 426 del Código Civil que dice: "El que ejerce el cargo de tutor o curador no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja. Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribución ordinaria y podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo. Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura".

---

(1) Aubry y Rau. Obra Cit., Tomo I, p. 469.-
(2) Idem.-

Escaneado con CamScanner

En primer lugar, es claro que este artículo se refiere a quienes no son tutores o curadores ni aún con un título nulo o falso. En segundo término, se desprende que los únicos actos que obligarán al pupilo entre los que hubiere efectuado el falso tutor o curador, serán aquellos que le hubieren reportado positiva ventaja, sin que, para los demás sirva de nada que hubiere existido un error común.

De lo expuesto se desprende que este artículo no constituye ni con mucho aplicación de la máxima, porque establece distingos que no se concilian con el espíritu de ella y porque radica la buena o mala fe en propio guardador aparente para el efecto de dar validez a sus actos.

El otro precepto que dice relación con los guardadores de hecho es el artículo 512 del mismo Código Civil, que dice: "Los autores o curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían al tiempo de deferírseles el cargo, o que después hubieren sobrevenido, además de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo. Las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador; pero, sabidas por él, pondrán fin á la tutela o curaduría".

Este artículo, que aparentemente está en contradicción con el anteriormente citado 426, en realidad no lo está, pues debemos entender que el primero se refiere a quienes no tienen bajo ningún concepto la calidad de tutores o curadores, mientras el segundo se ocupa del caso en que hay un tutor o curador, pero el ejercicio de su cargo está viciado por una incapacidad de él.

El segundo de los preceptos citados, aunque se acerca más al error común, pues no formulá distingos ya para validar los actos del guardador incapaz entre actos que hayan reportado y que no hayan reportado beneficios al pupilo, tampoco es aplicación del adagio. Efectivamente, al igual que el artículo 426, se remite para los efectos de la continuación del

Escaneado con CamScanner

ejercicio de la tutela a la buena o mala fe del propio tutor o curador, con lo cual implícitamente está autorizando la nulidad de los actos que éste pueda realizar con terceros que no tienen por que saber de la finalización en el ejercicio del cargo.

Hemos visto que para que el error común produzca sus efectos propios, no debe merecer consideración alguna la buena o mala fe de quien provoca tal error. Por eso tampoco el artículo 512 puede ser considerado como un caso de aplicación de la máxima.

122.- Jurisprudencia Chilena.-

Nuestra Jurisprudencia ha sido contradictoria al respecto.

En un comienzo determinó que "habiendo llegado a la mayor edad las personas a cuyo nombre figuran otros como representantes legales, no puede afectarles lo establecido en los contratos suscritos por esas personas cuyos poderes habían caducado" (1).

Pero, posteriormente, en un fallo que pretendidamente se fundamenta en el adagio "error communis...", dijo: "Establecido que la enajenación de los derechos o cuotas de un menor en un fundo le fue beneficiosa a la época en que se llevó a cabo, enajenación efectuada por la persona que había sido su tutor y que por un error común se la consideró en ese entonces como su curador, no siéndolo en realidad, porque había cesado en la tutela por haber llegado el menor a la pubertad, la enajenación obliga al supuesto pupilo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 426 del Código Civil, que establece que el que ejerce el cargo de tutor o curador no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene las responsabilidades y obligaciones del verdadero tutor o curador y sus actos no obligarán al pupilo sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja" (2).

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 7, Sección Primera, p. 529.-

(2) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 42, Sección Primera, p. 141.-

Escaneado con CamScanner

Este fallo incurre precisamente en la confusión que hice notar anteriormente, pues estima que en el caso del artículo 426 se trata de un error común. Lo que si es efectivo es que en el caso fallado por la Corte existió un error que fue común a un gran número de personas, pero, como hemos visto, se requiere algo más para que se trate propiamente de un "error communis..."

Cabe también citar un fallo de la Corte de Valdivia que declaró válido el contrato otorgado por un curador nombrado judicialmente, aunque después se haya declarado nulo su nombramiento; y otro en que se declaró también válidos los actos del guardador incapaz (1).

Ambos no son sino aplicación de los preceptos legales que hemos citado.

123.- Aplicación de la máxima a los Guardadores Aparentes.-

Tal aplicación no sólo es doctrinariamente posible de acuerdo con lo que se ha expuesto a lo largo de este trabajo, sino que responde a las necesidades de orden práctico y principios de equidad.

Concurriendo los requisitos tantas veces citados, no puede haber inconveniente para su aplicación.

Es preciso si dejar constancia que no debe considerarse para nada, cuando de aplicar el adagio se trate, la existencia o no de buena fe en el guardador aparente; sino solamente en quien alega el error común, quien es preciso que la haya tenido al momento de realizar el acto o contrato.

Por último, conviene precisar que el virtual cumplimiento de ley existirá en el caso del guardador aparente siempre que las actuaciones de és

---

(1) Gaceta de los Tribunales. año 1918, Primer Semestre, N° 227, p. 711.-

Escaneado con CamScanner

te hubieren estado enmarcadas dentro de las exigencias que la ley plantea a los guardadores que válidamente desempeñan el cargo.

Escaneado con CamScanner

Capítulo IV

TERCER GRUPO DE CASOS DE APLICACION: TITULARES APARENTES DE DERECHOS

I.- Heredero Aparente.-

124.- El Heredero Aparente en la Doctrina.-

La Mayor parte de los autores extranjeros se preocupan de la validación de los actos del heredero aparente. Antes de exponer sus opiniones, y con el fin de dar una visión de conjunto sobre ellas, es del caso decir que la mayoría de la doctrina está de acuerdo en conceder validez a los actos del heredero aparente.

En esfecto, tal es la opinión predominante en la doctrina francesa y en la italiana, con una diferencia importante entre ambas, ella es que en la primera los textos legales no autorizan dicha validación, en cuambio en la segunda el artículo 933 del Código Civil Italiano da validez a los actos de disposición del heredero putativo, en determinadas circunstancias.

En general, se exige en el caso de los actos de disposición del heredero aparente, los siguientes requisitos, que puntualiza Cremieu:

a) En cuanto a las personas: Nada se exige a la persona del heredero aparente; pero al adquirente se le exige: Primero, que haya adquirido de buena fe; y segundo, que el error en el cual haya caído sea común e invencible.

b) En cuanto a los actos: Se exige, en primer lugar, que se trate de actos de disposición a título singular; y segundo, que la enajenación haya sido hecha a título oneroso.

c) En cuanto a los bienes, se requiere: Primero, que se trate de bienes raíces, porque en materia de muebles la ley autoriza en Francia (artículo

Escaneado con CamScanner

2279 del Código de Napoleón) que el tercero adquirente de buena fe se haga dueño. (En hecho de muebles, la posesión es título). Y segundo, que se trate de bienes corporales, porque no cabe la disposición por el heredero aparente de bienes incorporales (1).

Dejo esbozado el panorama de lo que es en la doctrina la teoría de los actos del heredero aparente, para posteriormente hacer la correspondiente enunciación y crítica de las controversias que han surgido a raíz de ella.

125.- Jurisprudencia sobre el Heredero Aparente en Francia.-

Ella ha sido muy nutrida. Sin embargo, la sentencia fundamental al respecto es la que recayó en el espectacular "affaire". Lancreau de Bréon, que le significó el espaldarazo definitivo a la teoría del heredero aparente.

El 26 de Enero de 1897, la Corte de Casación francesa falló dicho caso, diciendo: "Atendido en derecho que las consideraciones de orden público y de interés general que han llevado a reconocer la validez de las ventas efectuadas entre el heredero aparente y los terceros de buena fe, no autorizan para subordinarla a las condiciones en las cuales aquel que es tenido por todos como el sucesor del difunto se ha apoderado de la sucesión ni a aquellas en las cuales él ha sido desposeído; que importa poco, desde el punto de vista de los terceros que el heredero parezca tener su título de la ley o de la voluntad del difunto; que él haya entrado sin contradicción en posesión de los bienes hereditarios o que una disposición de la justicia, que lo declara propietario; haya adquirido fuerza de cosa juzgada; que, además, no importa que un crimen haya sido cometido por el herede

---

(1) Cremieu. Ob. Cit., p. 64.-

Escaneado con CamScanner

ro aparente o por un tercero con su conocimiento, como en la especie, crimen que le ha permitido pasar por heredero; ni que el juicio que le reconoció esta calidad haya sido retractado; que, desde que el error común e invencible, así como la buena fe de los terceros han sido establecidos, las enajenaciones consentidas por el heredero aparente escapan a todo alcance de la rescisión planteada por el verdadero heredero; que ésta es una excepción necesaria tanto a la regla establecida en el artículo 2182 del Código Civil como a los efectos particulares de la admisión de la demanda civil que determina el artículo 501 del Código de Procedimiento Civil; de donde se sigue que, condenando a Prouff y otros (los terceros), cuando constaba la buena fe y el error, a restituir a los consortes de Legge (herederos verdaderos), los bienes que les habían sido vendidos por Edouard de la Boussinière (heredero aparente), la sentencia atacada ha aplicado falsamente y, por tanto, violado los artículos arriba citados. Por estos motivos, se casa...etc." (1).

Esta sentencia, por la serie de actos incluso de carácter criminal que fueron medio necesario para que el heredero aparente Edouard de la Boussiniere pudiera tomar tal calidad, hacía más que problemática la validación de sus actuaciones; más aún la ley misma autorizaba anular sus enajenaciones. Por eso es que ella constituyó un antecedente poderoso en la línea seguida posteriormente en el mismo sentido por los Tribunales galos.

Pero antes de llegar a conclusiones semejantes, la Jurisprudencia francesa buscó fundamentos diferentes al error común para validar los actos de enajenación del heredero aparente.

Comenzó por legitimarlos apoyándose en la teoría de la "saissine" colectiva, según la cual eran válidas las enajenaciones referidas siempre que el heredero aparente lo fuera por razón de consanguinidad con el causante que lo situara dentro del grado llamado por la ley a suceder.

---

(1) Bonnecase. Ob. Cit., Tomo VI, N° 67.-

Escaneado con CamScanner

Planiol y Ripert expresan que esta teoría dejaba sin interés la cuestión esencial de la buena fe del tercero adquirente (1).

Posteriormente se invocó como fundamento la negligencia del verdadero heredero. Pero como resultara insuficiente, se recurrió luego a la teoría del riesgo o abuso del derecho, que permitía contemplar también los casos en que no había negligencia de parte del legítimo heredero.

Por último, terminó sustentando la validación en virtud de la máxima "error communis...", que tenía el poder de derogar el Derecho Común que se sustentaba en el adagio "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet". (Nadie puede transferir a otro más derechos que los que tiene)(2).

"Inútilmente la doctrina, dicen Planiol y Ripert, siguiendo en sistemas diversos más o menos atrevidos la marcha de la jurisprudencia, ha intentado justificar sus decisiones mediante interpretaciones o analogías con textos legales. No puede presentarse uno solo: lo que hay es simplemente una manifestación de la atracción que ejercen las necesidades positivas sobre las reglas de derecho" (3).

126.- Las Opiniones de los Autores.-

Sobre estas decisiones de los Tribunales tuvo mucho que decir la doctrina.

Así, Gorphe comentó que "a decir verdad, las consideraciones de orden público y de interés general pudieron perfectamente bien haber sido invocados para la protección del heredero verdadero, al igual que la de los terceros; y ese razonamiento habría calzado perfectamente en el Código de Napoleón. La jurisprudencia no sólo sacrificó a terceros culpables de inacción o negligencia, sino también aquellos que oportunamente reclamaron sus derechos" (4).

---

(1) Planiol y Ripert. Ob. Cit., Tomo IV, p. 345.-
(2) Gorphe. Ob. Cit., p. 216.-
(3) Planiol y Ripert. Ob. Cit., Tomo IV, p. 345.-
(4) Gorphe. Ob. Cit., p. 209.-

Escaneado con CamScanner

Pero más adelante el mismo Gorphe vuelve sobre lo andado y expresa que "cuando el heredero verdadero afirma su derecho de propiedad, se produce una verdadera e irreductible antinomia entre dos derechos reales sobre la misma cosa y es preciso, de toda necesidad, sacrificar uno de ellos. De elegir, más vale sacrificar el del heredero, que no es anterior al otro sino por efecto de una ficción y, a la inversa del otro, ha nacido gratuitamente, sin contrapartida ni mérito alguno" (1).

Baudry y Lacantinerie argumentan en Derecho para demostrar la nulidad de los actos del heredero aparente, en la siguiente forma: el artículo 2125 del Código de Napoleón anula las hipotecas consentidas por un tercero no propietario. El artículo 1599 anula la venta de cosa ajena, sin distinguir si ha existido buena o mala fe de parte del adquirente. Por último, el artículo 2182 establece que el vendedor no transfiere al acreedor más derechos que los que tiene. Todos estos preceptos bastan para que en Derecho sea nula la enajenación efectuada por el heredero aparente. Agregan Baudry y Lacantinerie: "Ciertos autores se fundamentan sobre la necesidad práctica de validar los actos consentidos por el heredero aparente: nosotros apenas tenemos necesidad de hacer observar que éste no es un argumento de derecho. Por fin, se subraya que desde el punto de vista de la equidad la situación del heredero que no se ha dado a conocer es infinitamente menos favorable que aquella del acreedor de buena fe; este argumento provoca la misma respuesta que el precedente. Por último, es falso que la situación del verdadero heredero no merezca favor, pues frecuentemente se concluye que ninguna negligencia puede serle reprochada" (2).

Alberto Wahl, refiriéndose a la pretendida fundamentación de la validación de los actos del heredero aparente en la máxima "error communis...",

---

(1) Gorphe, Ob. Cit., p. 211.-
(2) Baudry Lacantinerie. Obra citada, Tomo VII, N° 936.-

Escaneado con CamScanner

sostiene que ella no cabe, basándose en que si pudiera tener lugar, también deberían ser protegidos los actos a título gratuito y a título universal, que no son validados por la jurisprudencia (1).

Cremieu sostiene también que el sistema seguido por la Jurisprudencia no es lógico y propugna uno de mayor amplitud: "Los tribunales habrían debido reconocer a la máxima error communis facit jus un campo de aplicación mucho más grande que el que ellos le han atribuído. Ellos habrían debido aplicarla no solamente a los actos a título oneroso, sino también a los actos de disposición a título gratuito y a las enajenaciones sobre el conjunto de bienes de la sucesión. Si la máxima citada tiene el carácter absoluto que se le ha querido atribuir, es preciso concluir que estas distinciones no se comprenden". Y luego expresa por que, en su concepto, la máxima no puede servir de fundamento a la teoría del heredero aparente: "El error común puede explicar el nacimiento del derecho en la persona del adquirente, pero es impotente para explicar la pérdida de él por el verdadero propietario". Encuentra Cremieu la justificación de los actos del heredero aparente en la noción de "utilidad social", que justifica el sacrificio del verdadero heredero y que éste debe hacer en favor de la colectividad (2).

Planiol y Ripert son los únicos que se pronuncian abiertamente por la validación sin contemplaciones de los actos del heredero aparente, sin caer en las vacilaciones de los otros autores. "Planteada en el Derecho puro, expresan, la cuestión de la validez de los actos del heredero aparente se resuelve por sí mismo. Es un silogismo irrefutable que como nadie puede transferir a otro más derechos que los que tiene; y como el éxito de la petición de herencia demuestra que el heredero aparente carecía de derechos, todos los actos de éste han de desaparecer. Esta es la única tesis estrictamente jurídica, o sea,

---

(1) Wahl. Ob. Cit., p. 938.-
(2) Cremieu. Ob. Cit., p. 71-72.-

Escaneado con CamScanner

conforme con los principios establecidos por los textos legales en vigor; muchos tratadistas la defienden y ha sido aceptada por la jurisprudencia belga. Pero esta solución, que sacrifica totalmente a los terceros adquirentes, es casi inconciliable con las necesidades prácticas. Resulta muy discutible el valor de una regla que, para proteger al verdadero heredero contra daños de realización excepcional, crea una atmósfera de suspicacia, de incertidumbre y de inseguridad, en todos los actos de cualquier heredero. Como los terceros adquirentes no podrán comprobar la validez de los títulos de esos herederos, se abstendrán de toda operación tan pronto haya la menor duda, temiendo la evicción; y con ello se perjudicaría la circulación de los bienes" (1).

En mi concepto, la opinión que en doctrina soluciona el conflicto entre el verdadero heredero y el aparente, puede ser discutida, aunque parece evidente que siempre será más digno de protección quien a más de no podérsele reprochar negligencia alguna, está con la ley a su favor. Lo que no puede discutirse es que la máxima "error communis facit jus" no tiene por qué ser aplicada al caso. Desde luego, porque, como también afirma Cremieu, según vimos, ella sólo presta utilidad para explicar el nacimiento del derecho en la persona del adquirente, pero no puede explicar su pérdida por el heredero verdadero. Y además, porque los requisitos que ella precisa para ser aplicada no podrán nunca cumplirse en el caso de partida, será muy difícil que exista una participación activa de un gran número de personas en el error común; y luego, además, los fines de la ley no se verán cumplidos en virtud de su aplicación, sino más bien totalmente desconocidos.

127.- Situación en el Derecho Chileno.-

Estas discusiones son ociosas en nuestro Derecho, porque deben entenderse vigentes respecto a

---

(1) Planiol y Ripert. Ob. Cit., Tomo IV, N°345.-

Escaneado con CamScanner

él las razones que impiden dar aplicación al adagio "error communis..."; y porque nuestra legislación es clara en consagrar los derechos del heredero verdadero contra terceros; y en proteger, cuando es justo, a los primeros.

En efecto, el artículo 1268, inciso primero del Código Civil establece que el heredero podrá hacer uso de la acción reivindicatoria sobre las cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a manos de terceros y que no hayan sido prescritas por ellos. La disposición citada no hace distinción alguna entre terceros de buena o de mala fe (1).

Por otra parte, nuestra ley, como dije, protege a los terceros de buena fe que han contratado con un heredero putativo.

El artículo 94 número 4 del Código Civil, que se refiere a la rescisión del decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido, ubicado en el párrafo "De la presunción de muerte por desaparecimiento", establece: "En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituídos legalmente en ellos".

Por otra parte, el artículo 704 número 4 del mismo Código, ubicado en el párrafo que trata de la posesión y de sus diferentes calidades, establece que no es justo título, es decir, no habilita para adquirir la posesión, "el meramente putativo, como el del heredero aparente, que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc." Pero, a continuación agrega el legislador "Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se le haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

---

(1) Luis Díaz Baltra. "De la petición de herencia y de otras acciones del heredero", p. 193.-

Escaneado con CamScanner

128.- Jurisprudencia de nuestros Tribunales.-

Nuestra Jurisprudencia se ha mostrado inclinada en el mismo sentido expuesto, negando validez a las actuaciones de los herederos aparentes fuera de los casos en que la ley autoriza dársela.

Así, declaró nula la hipoteca constituída por un heredero sobre una hijuela que se le adjudicó en la partición, sin haber obtenido la posesión efectiva ni haber practicado las inscripciones especiales de herencia (1).

También en el caso en que un heredero aparente vendió bienes raíces cuyo dominio quedó radicado con posterioridad en otros herederos, se dió lugar a la reivindicación por éstos y a la cancelación de las inscripciones hechas por los compradores (2).

Por último, es del caso agregar que en un fallo del 17 de Octubre de 1938, nuestra Corte Suprema se apoyó en el artículo 704 número 4 que ya cité del Código Civil, para decir que él implicaba aceptación por parte de nuestra legislación de la máxima "error communis facit jus" (3).

129.- Conclusiones.-

Es preciso volver a repetir que en el caso del heredero aparente no cabe valerse de la máxima citada para validar sus actos de disposición. Más aún, en nuestro Derecho, fuera de ser ello improcedente, es innecesario, porque la ley protege debidamente al adquirente de buena fe, según se ha visto.

Por último, es del caso agregar que en los países como Alemania, Suiza y el mismo Chile, donde

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 2, Sección Primera, p. 393.-
(2) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 12, Sección Primera, p. 212.-
(3) Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil, artículo 704.-

Escaneado con CamScanner

el régimen de la propiedad raíz se lleva en resgistros especiales, llamados por los autores franceses "Registros Foncieres", el problema del dominio aparente se presenta muy disminuído, por cuanto por medio de dichos Registros puede fácilmente conocerse los derechos que las personas tienen sobre los bienes raíces que desean enajenar. Volveré sobre el problema más adelante.

II.- Propietario Aparente.-

130.- La Doctrina y Jurisprudencia Extranjeras.-

Las discusiones sobre la propiedad aparente sólo pueden suscitarse en aquellas legislaciones en que no existe el sistema de los Registros de Bienes Raíces. En las que lo hay, el problema no se presenta.

Así, en Alemania, quien obtiene una inscripción en el Registro Territorial adquiere también la propiedad, quedando el primitivo propietario con sólo una acción personal de daños y perjuicios o enriquecimiento sin causa contra el que obtuvo la inscripción (1).

Por eso se ha dicho que la inscripción en el Registro Inmobiliario es en Alemania un acto abstracto. Lo es en su contenido formal, porque en el Registro no se inscribe la conformidad de las partes en relación al contrato que determinó la transferencia, sino directamente su conformidad con la transferencia misma; lo es también en sus efectos, porque la transferencia de propiedad que se produce en virtud del acto de inscripción depende exclusivamente de tal acto y sigue su suerte, y no depende para nada del acto que haya determinado la inscripción. Como consecuencia de lo anterior, se otorgan dos actos: a) el contrato y b) el acuerdo de ins-

---

(1) Loewenwarter. Ob. Cit., Tomo I, p. 14.-

Escaneado con CamScanner

cripción. De tal manera la nulidad del contrato no afecta la validez de la inscripción y viceversa.

Además de este principio del carácter abstracto de la inscripción, está el de la fe pública del Registro, garantizado por el artículo 892 del Código Civil Alemán, en virtud del cual se considera exacto el contenido del Registro, a no ser que se haya inscrito lo que se llama un "asiento de contradicción", o que el adquirente se encuentre de mala fe, es decir, tenga conocimiento de la inexactitud de la inscripción. Se ha tratado de dar una explicación jurídica de este mecanismo. Algunos dicen que se trata de una prescripción instantánea; otros dicen que su fundamento es la ley, que tiene como mira obtener la seguridad de tráfico (1).

En Inglaterra, se sostiene que "en equidad", ningún derecho es oponible al adquirente de buena fe, aun cuando anterior en fecha, de un derecho inmobiliario. Sólo se exige que el precio de la compraventa haya sido efectivamente pagado (2).

En Suiza, existen principios similares. Se exige la buena fe del adquirente; pero se estima que ésta no existe desde que el anterior dueño tenía inscrito el inmueble en el Registro Inmobiliario (3).

En Francia, país en que no existe tal Registro, el problema ha sido mucho más debatido. Se presentó con motivo de la ley de 1° de Julio de 1901, que ordenó la disolución de las congregaciones religiosas no autorizadas. Los liquidadores nombrados por la autoridad sostuvieron la nulidad de las hipotecas consentidas por los testaferros de tales congregaciones. La Jurisprudencia validó las hipotecas, fundándose en la máxima "error communis facit jus" (4).

---

(1) Eduardo B. Busso. "Código Civil Anotado", Tomo IV, p. 61.-
(2) Edouard Jenks. "Digeste de Droit Civil Anglais", Tomo I, p. 259.-
(3) Eugene Curti-Forrer "Commentaire du Code Civil Suisse", p. 662.-
(4) Gorphe. Ob. Cit., p. 219.-

Escaneado con CamScanner

La Corte de Casación francesa ha establecido al respecto una norma general, al decir en un fallo del 13 de Noviembre de 1912: "Atendido que si el principio "Resolute jure dantis resolvitur jus accipientis" entrañase la anulación de la hipoteca; y que, si este principio pudiese ceder, ello no ocurriría sino en el caso en que la parte que ha tratado con el propietario aparente pudiera invocar una buena fe fundada sobre un error común invencible... etc." (1).

Son aplicables a los actos del propietario aparente las controversias expuestas al tratar los actos del heredero aparente; sin embargo, reproducirá a Mazeaud que sintetiza acertadamente la situación existente al respecto en las doctrinas francesa y belga. Refiriéndose al caso del propietario aparente dice que "aquí hay de una parte el que ha tratado con el propietario aparente, creyendo en virtud de un error invencible que trata con el verdadero. Este, por su parte, no puede ser responsabilizado de negligencia alguna. ¿Cuál va a triunfar?. Es comprensible que en un caso así la doctrina francesa esté dividida y que la jurisprudencia belga no haya querido dar el remarcable efecto de transferir derechos reales al error común. La jurisprudencia francesa, sin embargo, ha tenido esta audacia; y por sobre la regla de que "nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet", fundamento del Derecho actual, ha tenido en cuenta el interés social y la seguridad en las transacciones" (2).

Tal es, en síntesis, la situación en la doctrina universal.

131.- El Caso en nuestro País.-

De acuerdo con los artículos 728, 729 y 730 de nuestro Código Civil, en relación con el artículo 2510 del mismo, el problema del propietario

---

(1) Gorphe. Ob. Cit., p. 220.-
(2) Mazeaud. Ob. Cit., p. 952.-

Escaneado con CamScanner

aparente no se presenta en Chile, pues por la enajenación de los inmuebles ajenos no se pierde el dominio por el verdadero propietario, sino solamente la posesión, que habilita para adquirir por prescripción.

En materia de bienes muebles, también en nuestro Derecho la situación es diferente a la del Francés, pues la posesión entre nosotros no constituye título de dominio, sino solamente habilita para adquirir por prescripción, permaneciendo entretanto intacta la acción reivindicatoria del dueño de la cosa. Sin embargo, representan una excepción los artículos 2390 del Código Civil y 252 del de Comercio, que validan el empeño de cosa mueble ajena.

En cuanto a la hipoteca de cosa ajena, ella no cabe en nuestro Derecho, de acuerdo con lo que dispone el artículo 2414 del Código Civil; y sólo subsiste la hipoteca en cosa ajena en el caso del artículo 2417, que se refiere al caso de habérsela otorgado sobre un bien raíz de que una persona es dueña en común con otras, en que pueda subsistir la hipoteca sobre la parte adjudicada a las otras, siempre que éstas consientan en ello por escritura pública anotada al margen de la inscripción de la hipoteca; en caso contrario, ésta caducará.

132.- Jurisprudencia de nuestros Tribunales.

Nuestra jurisprudencia ha observado la regla "hemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet".

En efecto, la Corte Suprema ha fallado que cuando el tradente no es el verdadero dueño de la cosa, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada (1).

Incluso, nuestra Corte Suprema ha desechado cualquier posibilidad de dar aplicación a la máxima

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo VI, Sección Segunda, p. 100.-

Escaneado con CamScanner

"error communis..." en el caso de los propietarios aparentes, al pronunciarse en el sentido de que procede la acción reivindicatoria deducida por el propietario del inmueble contra el tercero que lo adquirió en remate judicial, en juicio en que no se notificó al demandado, y que, por lo tanto, se anuló (1).

133.- Relación con el adagio en Estudio.-

Es necesario recalcar que en materia de propiedad aparente no cabe que se aplique el principio del error común, por las mismas razones hechas valer al hablar del heredero putativo; es decir, que difícilmente se presentará en la especie el requisito de la concurrencia de un gran número de personas que actúen en forma activa en base al error; y nunca se presentará el caso de que se de un virtual cumplimiento a los preceptos legales en la enajenación hecha por un propietario aparente.

Por otra parte, tanto en cuanto al heredero como en cuanto al propietario aparente, haya, en el peor de los casos, dos derechos de equivalentes méritos frente a frente; lo lógico será favorecer a aquél que tiene la ley de su parte. Pero nunca podrá recurrirse al adagio "error communis..." para validar los actos de esos propietarios, menos aún en nuestro Derecho.

III.- Acreedor Aparente.-

134.- La Doctrina y la Jurisprudencia Extranjera.-

Gorphe dice que, según la jurisprudencia francesa, es válido el pago hecho al acreedor aparente si es hecho de buena fe al poseedor del crédi

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XII, Sección Primera, p. 146.-

Escaneado con CamScanner

to, aún cuando no sea ratificado ni le aproveche al verdadero acreedor.

Para tal efecto, se considera poseedor del crédito no solamente a aquél que detenta el título, sino a toda persona que juega el rol de acreedor y muestra en alguna forma la posesión del estado de acreedor (1).

En el Derecho Alemán, el principio de la fe pública de las inscripciones hechas en el Registro Inmobiliario, que antes he mencionado, puede también invocarlo quien paga de buena fe al titular aparente de un derecho que se encuentra inscrito a su nombre, con el objeto de validar el pago (2).

En el Derecho Italiano se encuentra la regla del artículo 1189 del Código Civil, que establece que produce efecto liberatorio al pago si quien lo hace estaba de buena fe (3).

El tratadista colombiano Alvaro Pérez Vives estima que el pago hecho a quien tiene apariencia de acreedor (accipiens) por el que paga (solvens), se valida si éste último estaba de buena fe, es decir, en la creencia de tratar con el verdadero acreedor. La ley, dice, no exige que el accipiens esté de buena fe; tal exigencia comprende sólo al solvens.

Dice Pérez Vives que esta tesis está conforme con la sustentada por la jurisprudencia colombiana. La Corte de Apelaciones de ese país ha estimado que lo anterior constituye una aplicación de la máxima de que el error común constituye derecho (sentencia de 20 de Mayo de 1936). "En efecto, basta que la apariencia genere un error excusable en el solvens para que el pago sea válido. No precisa reunirse las calidades que la ley exige para la presunción de dominio en quien es poseedor; es suficiente el carácter de invencible o excusable en el error, aunque se trate de créditos que se relacionen directamente con una cosa, de modo que la condición de propietario de

---

(1) Gorphe. Ob. Cit., p. 200.-
(2) Busso. Ob. Cit., Tomo IV, p. 62.-
(3) Barassi. Ob. Cit., Tomo III, p. 45.-

Escaneado con CamScanner

ella implique la de acreedor" (1).

En el Derecho Español, el artículo 1164 del Código Civil, dice: "El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor". El Tribunal Supremo de España ha considerado que en este caso no debe conceptuarse como poseedor aparente al que es un simple detentador del documento. Ha decidido en tal sentido en reiteradas oportunidades.

Como dice José Beltrán de Heredia, se requiere el requisito objetivo de la apariencia y el subjetivo de la buena fe (2).

De todo lo anterior, puede concluirse que la doctrina universal está acorde en que deben validarse los pagos hechos a un acreedor aparente, siempre que concurran dos requisitos; buena fe en el deudor que paga; y apariencia suficiente en el acreedor putativo.

135.- Situación en el Derecho Chileno.-

En nuestro Código Civil el artículo 1576 inciso segundo constituye aplicación de los principios expuestos más arriba, pues dice: "El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque despues aparezca que el crédito no le pertenecía". Se exige, por nuestro legislador, pues, dos condiciones que son: la buena fe y la posesión, es decir, la tenencia del crédito con ánimo de señor o dueño, según la definición del artículo 700 del mismo Código.

Aplicación de lo expuesto es la sentencia de la Corte Suprema que decidió que si no hay testimonio de que una cesión de crédito haya sido notificada al deudor aún cuando por ello no se invalida la cesión, ella es inoponible a aquél, quien puede pa-

---

(1) Alvaro Pérez Vives. "Teoría General de las Obligaciones", Tomo III, N° 471.-
(2) José Beltrán de Heredia. "El cumplimiento de las Obligaciones", p. 148.-

Escaneado con CamScanner

gar válidamente al cedente (1).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 7 de Diciembre de 1922 estableció el alcance que debe darse al artículo 1576 inciso segundo, diciendo que "el ha comprendido todas las situaciones en que el tenedor exhibe el crédito en condiciones tales de aparente propiedad de él, que puedan inducir en justo error al deudor" (2).

136.- El Acreedor Aparente y la máxima "Error Communis facit jus".-

En mi concepto, todo lo expuesto no constituye sino una aplicación de principios similares a los del error común, pero está lejos de significar vigencia del adagio propiamente.

Falta desde luego el carácter masivo que tiene la aplicación de éste, pues normalmente el deudor que paga al acreedor aparente será uno solo. Pero, aún cuando así no fuera, por el solo hecho de validar la misma ley el pago realizado, no cabe pensar en la máxima "error communis...", que tiene vigencia precisamente en ausencia de ley o contradiciéndola. Si no existieran los preceptos expresos que validan el pago hecho al acreedor aparente, no sería aplicable el adagio; y el pago sería nulo, por cuanto, además de la no concurrencia de los requisitos que hemos visto, no se trataría de proteger el interés general, sino el individual del deudor; y, por lo demás, tal interés individual estaría en pugna con otro igualmente valioso, el del verdadero acreedor.

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 39, Sección Primera, p. 439.-
(2) Gaceta de los Tribunales, año 1922, segundo semestre, N° 213, p. 917.-

Escaneado con CamScanner

Capítulo V

CUARTO GRUPO DE CASOS DE APLICACION: LEGALIDAD PUTATIVA DE CONTRATOS

I.- El Matrimonio Putativo.-

137.- En Caso en la Doctrina y Jurisprudencia Extranjeras.-

Los autores franceses Planiol y Ripert se refieren al matrimonio putativo, es decir, al matrimonio nulo que fue contraído de buena fe y con justa causa de error por parte de uno de los cónyuges, al menos, diciendo que en él se admite el error de derecho para el efecto de llenar el requisito de la justa causa de error; y expresan que la buena fe, en el criterio de la mayoría de los autores, debe probarse (1).

Aunque, como luego veremos, no puede decirse que el matrimonio putativo se fundamente en el "error communis", en Francia hubo un caso de error común bastante similar al del matrimonio putativo, que fue el de los matrimonios de Montrouge, tantas veces citado. Sin embargo, ese caso constituye una aplicación de la máxima y no de la institución del matrimonio putativo, pues en él los matrimonios permanecieron perfectamente válidos; en cambio, tratándose del matrimonio putativo, este es, por definición, un matrimonio nulo.

138.- En nuestro Derecho.-

El artículo 122 inciso primero del Código Civil, dice: "El matrimonio nulo, si ha sido celebrado ante Oficial del Registro Civil, produce los mis-

---

(1) Planiol y Ripert. Obra citada, Tomo II, Números 319 y 320.-

Escaneado con CamScanner

mos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges". Esta disposición del Código establece otro requisito del matrimonio putativo que autoriza para decir que él es una institución que sólo tiene de similar con el error común dos de sus requisitos: la buena fe y la justa causa de error, y además, sus fundamentos, pero que no constituye un caso de aplicación del adagio. En efecto, la exigencia de que el matrimonio se celebre ante un Oficial del Registro Civil es propia del matrimonio putativo. Si se hubiese tratado de un error común, cualquier funcionario habría podido ser quien autorizase el matrimonio, reuniéndose los demás requisitos tantas veces vistos.

Por otra parte, la parte de doctrina es de opinión de que la buena fe en el matrimonio putativo debe probarse por quien la alega, cosa que no ocurre en el caso del error común, en que dicha buena fe se presume. Algunos autores, como Somarriva y Ripert, opinan que la buena fe se presume (1).

139.- Jurisprudencia sobre el Matrimonio Putativo.-

La jurisprudencia se ha encargado de precisar algunos conceptos en relación con el matrimonio putativo.

La Corte Suprema ha dicho que no obsta a que se considere celebrado el matrimonio con las solemnidades legales la circunstancia de que el Oficial del Registro Civil que intervino haya sido incompetente, porque esta circunstancia sería cuando más un vicio que puede anularlo, pero que, habiendo buena fe y justa causa de error de parte de uno o de

---

(1) Citados por Osvaldo F. de Castro O. "Matrimonio Putativo" p. 61.-

Escaneado con CamScanner

ambos cónyuges en cuanto a esa competencia, no lo privaría de producir los efectos civiles del matrimonio válido (1).

También la Corte ha confirmado la opinión de la doctrina de que la buena fe y la justa causa de error se hayan íntimamente ligadas; y existiendo aquella, existe también ésta (2). Sin embargo, recordaré que en la segunda parte de este trabajo vimos que existía una diferencia entre ambas que, aunque sutil, convenía establecer. La Corte dió su verdadero sentido al fallo citado, agregando que en el caso de nulidad por incompetencia del Oficial del Registro Civil, la justa causa de error está de manifiesto de parte de los contrayentes, porque ocurre comúnmente que es el Oficial del Registro Civil el que advierte a los contrayentes el distrito jurisdiccional en que le corresponde actuar válidamente, sin que jamás los interesados se preocupen de inquirir ese hecho".

Es evidente que, como generalmente mediarán las mismas circunstancias en la celebración de los matrimonios, irán íntimamente vinculadas la buena fe y la justa causa de error.

En relación respecto a la presunción de la buena fe, la jurisprudencia se haya, al igual que la doctrina, dividida, pero con tendencias a que impere el pronunciamiento afirmativo, que es el que sustenta la Corte Suprema; y no el negativo, sustentado por la Corte de Apelaciones de la Serena (3).

140.- Diferenciación con el Error Común.-

Me remitiré a lo expresado en párrafo anterior sobre las diferencias que existen entre el matrimonio putativo y el error común. Solamente es del

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 29, Sección Primera, p. 73.-
(2) Idem.-
(3) Gaceta de los Tribunales, año 1939, Segundo Semestre, N° 108, p. 447.-

Escaneado con CamScanner

caso dejar establecido, una vez más que aquél es solamente una institución similar a este principio pero que no constituye aplicación de él.

II.- Sociedad de Hecho.-

141.- La Doctrina y la Jurisprudencia Extranjeras.-

Como dice Gorphe, la abundante jurisprudencia sobre la sociedad de hecho se explica muy bien por el principio del error común (1). En la misma forma se pronuncia René Demogue. Así, dice este autor que "la teoría de la sociedad de hecho reposa sobre las necesidades de la seguridad en las transacciones y concuerda perfectamente con la regla "error communis...", inspirada ella también por la necesidad práctica de tener en cuenta las apariencias serias". Y agrega más adelante que así se explica que la nulidad de la sociedad no pueda ser opuesta por los socios que no han enterado completamente sus aportes o que no han pagado íntegramente sus acciones a la sociedad; que los intereses corren de derecho en favor del socio que ha prestado dinero a la sociedad y desde el día del préstamo y que los intereses estipulados por estos avances sean debidos por la sociedad, todo ello producto de decisiones de la jurisprudencia francesa.

Sin embargo, el mismo Demogue hace notar que dicha jurisprudencia es mucho menos neta en lo que se refiere a las relaciones entre los socios y los acreedores sociales. A pesar de ello se concluye que los terceros pueden considerar a la sociedad como válida o como nula a su elección; y los terceros pueden entre sí oponerse la nulidad (2).

---

(1) Gorphe. Ob. Cit., p. 195.-
(2) Demogue. Ob. Cit., Tomo I, N° 463.-

Escaneado con CamScanner

142.- En el Derecho Chileno.-

El Código Civil chileno, a diferencia del francés, contempla la sociedad de hecho en el artículo 2058 que dice: "La nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho".

Por su parte, nuestro Código de Comercio dispone en sus artículos 357, 360, 361, 362 y 363: 1°.- Los socios responden solidariamente ante los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho; 2°.- Los socios no pueden alegar la nulidad del contrato despues de disuelta la sociedad de hecho; 3°.- Los terceros podrán probar la existencia de la sociedad de hecho por cualquier medio probatorio; 4°.- Los socios no pueden alegar contra terceros el conocimiento que éstos hayan tenido de las condiciones de la sociedad de hecho; 5°.- Los terceros pueden oponer a otros terceros la inobservancia de las formalidades del contrato de sociedad; y 6°.- El que contratare con una sociedad de hecho no podrá sustraerse por eso al cumplimiento de sus obligaciones.

De los artículo citados se desprende que en nuestro Código de Comercio se protege eficientemente la buena fe de los terceros que han contratado con la sociedad de hecho; y aún la mala fe, pues les da acción aún cuando hayan conocido los vicios que afectaban al contrato social. Establece eso si la contrapartida de tal protección al obligarlos a cumplir por su parte sus obligaciones, sin poder oponer a la sociedad de hecho la nulidad del contrato.

143.- Jurisprudencia Nacional.-

La Jurisprudencia ha reafirmado los conceptos expuestos.

Así, ha dicho que los socios quedan solidariamente responsables de las obligaciones contraídas

Escaneado con CamScanner

por cualquiera de ellos en beneficio de la sociedad de hecho (1).

En otra oportunidad puntualizó nuestra Corte Suprema los límites que tiene esta noción de la sociedad de hecho, con el fin de evitar el abuso en que pretendía incurrirse. Dijo: "En la sociedad de hecho debe haber una serie de circunstancias notorias que deben constar materialmente, que no permitan duda respecto a que, en lugar de sociedad, concurra otro acto jurídico". Muy explicable la decisión, pues las consecuencias que trae consigo la existencia de una sociedad de hecho pueden constituir un gravamen injusto que recaiga sobre quienes han suscrito un contrato diferente que adolece de nulidad; y que en justicia debe ser anulado, sin que los contratantes tengan que cargar con las fuertes responsabilidades de la sociedad de hecho.

144.- La Sociedad de hecho y el Error Común.-

Es indudable, como decían Gorphe y Demogue, que todas estas nociones se encuentran profundamente vinculadas al error común, pues es perfectamente posible que los requisitos para él establecidos se presenten tratándose de una sociedad de hecho.

Sin embargo, todo ello debe consignarse con el mero carácter de dato ilustrativo, puesto que el error común no podrá tener vigencia desde que la ley misma ha dado validez, en este caso, al contrato nulo de sociedad.

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 7, Sección Segunda, p. 30.-

Escaneado con CamScanner

CONCLUSION

145.- Concepto General sobre la Aplicación del Adagio.-

De todo lo expuesto en esta tercera parte, puede concluirse que él tendrá aplicación siempre que se reúnan dos condiciones:

1.- Concurrencia de los requisitos que se le exigen en la doctrina; y

2.- Ausencia de un precepto legal que valide la situación de que se trata.

En cuanto a la primera, ha sido latamente desarrollada en la segunda parte de este trabajo, y se cumplirá siempre que los fines que la ley persigue no se vean desconocidos, aún cuando la letra de ella lo sea; y siempre también que exista un error invencible, común a un gran número de personas que, de buena fe y con justa causa, participa de él.

La segunda condición obedece a una razón de lógica formal: si el efecto propio de la máxima "error communis facit jus" es validar situaciones que en el rigor de la ley serían nulas, mal podrá ella tener vigencia cuando es la propia ley la que otorga validez a tales situaciones.

Finalmente, es menester recordar una vez más que el adagio que hemos estudiado tiene su fundamento último en la equidad; y que compromete gravemente la responsabilidad de quienes estén llamados a aplicarlo, el no hacerlo inspirados en ella, única razón que puede justificar el desconocimiento que dicho adagio envuelve de la majestad de la ley.

Escaneado con CamScanner

B I B L I O G R A F I A

A.- OBRAS NACIONALES

ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL Y VODANOVIC, ANTONIO. "Curso de Derecho Civil". Nascimento Santiago, 1946.- Tomo I.

AYLWIN, PATRICIO. "Apuntes de Derecho Administrativo". Apuntes de Clases" Santiago, 1957.

BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO. "Curso de Derecho Civil" Nascimento Santiago, 1932, Tomo II.

CASTRO O., OSVALDO F. DE. "Matrimonio Putativo". Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 37, Sección Derecho, p. 52.

CLARO SOLAR, LUIS. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". Nascimento Santiago, 1937. Tomo II.

CRUZ PONCE, LISANDRO. "La Apariencia y el Derecho". Memoria Imprenta Cultura Santiago, 1936.

DAVILA IZQUIERDO, BENJAMIN. "Del Error Común" Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXVIII, Sección Derecho, p. 118.

DIAZ BALTRA, LUIS. "De la Petición de Herencia y de otras acciones del Heredero". Memoria Universo Santiago, 1933.

GACETA DE LOS TRIBUNALES

JORQUERA, FRANCISCO. "Derecho Romano" Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1953, Tomo I.

MAZA, LORENZO DE LA. "La Teoría de la Imprevisión". Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXX, Sección Derecho, p. 73.

MEDINA PEREZ, JOSE. "La Buena Fe en la Doctrina, la Legislación y la Jurisprudencia". Memoria Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción, 1950.

MUÑOZ CALVEZ, ELENA. "Del Error Común", Memoria inédita. Santiago, 1931.

PEREIRA ANABALON, HUGO. "La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Stgo. 1954.

Escaneado con CamScanner

REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENAS

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

RIO, AURELIO DEL "El Matrimonio Putativo y la incompetencia del Oficial del Registro Civil". Memoria Electra.Santiago, 1931.

SILVA BASCUÑAN, MARCOS. "Laudo Arbitral". Revista de Derecho y Jurisprudencia.Tomo XXV.Sección Derecho, p. 133.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. "Derecho de Familia". Nascimento Santiago, 1936.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. "Algunas Consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad". Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXI, Sección Derecho, p. 37.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, ABELIUK, RENE. "Derecho Sucesorio". Nascimento Santiago, 1954.

URRUTIA, LEOPOLDO. "Dictamen emitido en recurso de casación en el fondo". Corte Suprema.Dictámenes de los señores Ministros emitidos en los recursos de casación en el fondo.1909 : El Debate, 1910.

B.- OBRAS EXTRANJERAS

ARMINJOU, PIERRE; NOLDE, BARON BORIS; WOLFF, MARTIN. "Traité de Droit Comparé".Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1950 Tomo I.

AUBRY, C. ET RAU, C. "Cours de Droit Civil Francais". Cosse, Marchal et Cie Paris, 1869, Tomo I, VII y VIII.

BARASSI, LUDOVICO. "La Teorie Generale delle Obligazioni" Giuffre, Milano, 1948. Tomos II y III.

BAUDRY LACANTINERIE. G. "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil". Tercera Edición. París, 1906, Tomos VII, XI, XIV.

BENDANT, CHARLES. "Cours de Droit Civil Francais", Rousseau.Paris, 1936, Tomo VIII.

Escaneado con CamScanner

BIONDI, BIONDO. "Instituzioni di Diritto Romano". Giuffre.Milano, 1956.
BONFANTE, PIETRO. "Histoire du Droit Romain". Recueil Sirey.Paris, 1928, 2 tomos.
BONNECASE, JULIEN. "Supplement du Traité Théorique et Pratique de Droit Civil para G. Baudry Lacantinerie".Recueil Sirey Paris, 1935 . Tomo VI.
BONNECASE, JULIEN. "Elementos de Derecho Civil". Cajica México, 1945, Tomo I.
BONNIER, EDOUARD. "Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas".Madrid, 1891. Tomo II.
BORJA, LUIS F. "Estudios sobre el Código Civil Chileno". Roger y Chernoviz.París, 1908.
BUSSO, EDUARDO B. "Código Civil Anotado". Ediar. Buenos Aires, 1949, Tomo III, IV y V.
CASAS RINCON, CESAR. "Obligaciones Civiles".Artes Gráficas Caracas. 1946, Tomo I.
CASTAN TOBEÑAS, JOSE. "Derecho Civil Español Común y Foral".Reus, Novena Edición. Madrid, 1955 Tomo I.
COELHO DE OLIVEIRA, BENJAMIN. "La Doctrina del Error en el Derecho Civil Uruguayo".Piña y Cia. Montevideo, 1937.
COELLO SERRANO, RAFAEL. "Efectos de las Obligaciones".Talleres Gráficos Nacionales.Quito, 1947, Tomo I.
COLIN, AMBROISE ET CAPITANT, HENRI. "Cours Elémentaire de Droit Civil Francais" Dalloz Paris 1934, Tomos I, II y III.
CREMIEU, LOUIS. "De la validité des actes accomplis para l'heritier apparent".Revue Trimestrielle de Droit Civil.Tomo IX.1910 p. 38.
CURTI FORRER, EUGENE. "Commentaire du Code Civil Suisse Neuchatel, 1912.
DEMOLOMBE, C. "Cours de Code Napoleón" Durand et Hachette.Paris, 1923. Tomo I.
DEREUX, GEORGES. "Etude critique de l'adage 'nul n'est censé ignorer la loi". "Revue Trimestrielle de Droit Civil.1907, p. 513.
DURANTON, M. "Cours de Droit Français suivant le Co-

Escaneado con CamScanner

de Civil". Cuarta edición París, 1844, Tomos X y XIII.
ENCICLOPEDIA ESPASA. Tomo 23 v. Filipo, Barbario.
ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR; Y WOLFF, MARTIN. "Tratado de Derecho Civil". Bosch. Barcelona, 1933. Tomos I y II.
ESCRICHE, JOAQUIN. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Bouret México, 1906.
GABBA, C. F. "Cuestiones Prácticas de Derecho Civil Moderno". Traducción de Adolfo Posada. La España Moderna. Madrid, sin fecha.
GIFFARD, A. E. "Précis de Droit Romain". Dalloz Paris, 1934, Tomo I.
GORPHE, FRANCOIS. "Le principe de la Bonne Foi". Dalloz París, 1928.
HEREDIA, JOSE BELTRAN DE. "El cumplimiento de las Obligaciones". Madrid, 1956.
JENKS, EDOUARD. "Digeste de Droit Civil Anglais". Dalloz Paris, 1923, Tomo I.
JOSSERAND, LOUIS. "Derecho Civil". Revisado y completado por André Brun Traducción de Santiago Chunchillos y Manterola, Bosch Buenos Aires, 1952. Tomos I Vol. 1; II vol. 2; III vol. 2 y 3.
KNEPPERT, J. "De la proprieté apparente en matiere de droit d'enregistrement". Revue Trimestrielle de Droit Civil, año 1929, p. 90.
LAROMBIERE, L. "Théorie et Pratique des Obligations". Bruselas, 1862, Tomo I.
LAURENT, P. "Principes de Droit Civil Francais". 3a. Edición Bruylant Christophe et Cie. Bruselas, 1878. Tomos XIII, XIX y XXIII.
LEHMANN, HEINRICH. "Tratado de Derecho Civil". Parte General. Madrid, 1956. Tomo I.
LOEWENWARTER, VICTOR. "Derecho Civil Alemán" Universidad de Chile Santiago, 1935, Tomo I.
LOPEZ, GREGORIO. "Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el Nono" Madrid, 1885.
MAZEAUD, HENRI. "La maxime 'error communis facit jus' " Revue Trimestrielle de Droit Civil. Tomo 23 1924.

Escaneado con CamScanner

MIGUELEZ, ALONSO Y CABRERO. "Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria". 5ª. Edición Editorial Católica Madrid, 1954.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas, Suc. Barcelona, 1956. Tomo VIII.

OERTMANN, PAUL. "Introducción al Derecho Civil". Labor Barcelona, 1933.

PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" Traducción de Mario Díaz Cruz Cultural Habana, 1946. Tomo II, III, IV y VI.

PEREZ VIVES, ALVARO. "Teoría General de las Obligaciones" Universidad Nacional de Colombia Bogotá, 1950. Tomo III.

RICCI, FERNANDO. "Derecho Civil Teórico y Práctico" La España Moderna Madrid, sin fecha.

RODRIGUEZ DE FONSECA, BARTOLOME AGUSTIN. "El Digesto del Emperador Justiniano". Madrid, 1878.

SALEILLES, RAYMOND. "Etude sur la Théorie Générale de l'Obligation". Tercera Edición Paris, 1925.

SANCHEZ ROMAN, FELIPE. "Estudios de Derecho Civil" Suc. de Rivadeneyra Madrid, 1910.

SCHNEIDER, A. Y FICK, H. "Commentaire du Code Federal des Obligations". Neuchatel, 1915. Tomo I.

VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. "Tratado de Derecho Civil Español" Valladolid, 1926, Tomo III.

WAHL, ALBERTO. "Propiedad y Derechos Reales" Revista de Derecho y Jurisprudencia. Sección Jurisprudencia Extranjera, p. 23.

WAHL, ALBERT. "Hypotheque consentie par un propietaire apparent au profit d'un créancier de bonne foi. Liquidation des congregations religieuses non autorisés" Revue Trimestrielle de Droit Civil Tomo VII 1908.

Escaneado con CamScanner

I N D I C E

INTRODUCCION. 11

Primera Parte

ORIGEN Y DESARROLLO HISTORICO. 13

Capítulo I

INTRODUCCION. 13

1.- Razón de ser histórica. 13
2.- Origen histórico. 14
3.- Autor de la máxima "error communis facit jus". 15

Capítulo II

APLICACION HISTORICA DE LA MAXIMA ERROR COMMUNIS FACIT JUS. 17

4.- Generalidades. 17
5.- A) Ejercicio ilegal de funciones. 17
6.- B) Testigos inhábiles. 22
7.- C) Capacidad putativa para contrata. 24

Capítulo III

VIGENCIA EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES DEL PRINCIPIO "ERROR COMMUNIS". 25

8.- Generalidades. 25
9.- En el Derecho Romano. 25
10.- En el Derecho Español. 27
11.- En el Derecho Alemán. 27
12.- En el Derecho Portugués. 28

Escaneado con CamScanner

13.- En el Derecho Italiano. 29
14.- En el Derecho Belga. 31
15.- En el Derecho Inglés. 32
16.- En el Derecho Francés. 33
17.- En el Derecho Chileno. 42
18.- En el Derecho de otros países. 44

Segunda Parte

TEORIA DEL ERROR COMUN. 46

Capítulo I

GENERALIDADES. 46

19.- Exigencias de orden práctico que la vida plantea al Derecho. 46
20.- Relatividad de estos conceptos. 48
21.- Pugna con el Derecho estricto. 48
22.- Ubicación en el plano jurídico. 49

Capítulo II

EL CONCEPTO DE ERROR COMUN. 50

23.- Nociones previas. 50
24.- Uso indebido de la denominación error común. 50
25.- Definición del "error communis. 52
26.- Análisis de la definición. 54

Capítulo III

FUNDAMENTOS DE LA MAXIMA. 58

27.- Clases de fundamentos. 58
A.- Fundamento Remoto: la Equidad. 58
28.- Función que desempeña este fundamento. 58
29.- Concepto de equidad. 59
30.- La "Equity" anglosajona. 59

Escaneado con CamScanner

31.- La equidad y el error común. 60
B.- Fundamentos inmediatos. 61
32.- Variedad de estos fundamentos. 61
33.- La seguridad como fundamento del error común. 61
34.- La seguridad del comercio, de las transacciones y usos del tráfico. 62
35.- La seguridad y el buen orden en la sociedad. 63
36.- La seguridad dinámica y la seguridad estática. 64
37.- El riesgo social o abuso del derecho. 65
38.- La salvaguardia del crédito público. 66
39.- Conclusión. 66

Capítulo IV

REQUISITOS DE APLICACION DE LA MAXIMA. 68

40.- Generalidades. 68
41.- ¿Qué es la invencibilidad? 68
42.- Invencibilidad y excusabilidad. 70
43.- El "título colorado" como presunción de invencibilidad. 71
44.- El número de participantes en el error como presunción de invencibilidad. 72
B)- Participación de un gran número de personas en el error. 72
45.- Calidad de esta participación. 72
46.- Número de personas participantes en el error. 73
47.- La noción de notoriedad. 74
48.- Importancia de este requisito. 75
49.- Conclusión. 75
C) Justa causa de error por parte de quienes lo cometen. 76
50.- En qué consiste este requisito. 76
51.- Característica esencial del requisito. 77

Escaneado con CamScanner

52.- Forma en que debe entenderse él en relación con la invencibilidad y la buena fe. 77
D) Error cometido de buena fe. 78
53.- El concepto de buena fe. 78
54.- Carácter de este requisito. 80
55.- Buena fe y justa causa de error. 81
56.- Prueba de la existencia de la buena fe. 82
E) Virtual cumplimiento de la ley. 83
57.- Novedad de este requisito. 83
58.- Necesidad de este requisito. 83
59.- Concepto. 84

Capítulo V

CLASIFICACION DEL ERROR COMUN 85

60.- Enunciación. 85
A) El error común, de hecho. 85
61.- Concepto. 85
B) Error común de derecho. 85
62.- Evolución del concepto de error de derecho. 86
63.- Definición del error de derecho en general. 86
64.- Aceptación y negación del error de derecho. 87
65.- El error de derecho en las legislaciones modernas. 89
66.- El error común de derecho. 90
67.- Pugna de los adagios "error communis..." e "ignorantia legem...". 90

Capítulo VI

CARACTERISTICAS DE LA MAXIMA "ERROR COMMUNIS..." 94

68.- Enunciación. 94
69.- Utilidad del estudio de estas características. 94

Escaneado con CamScanner

70.- A) Es un principio cuya fuerza no emana de los textos positivos. 94
71.- B) Es una regla de carácter excepcional. 95
72.- C) Tiene el carácter doctrinario de supletoria. 95
73.- D) Su campo de acción se extiende a todas las ramas del Derecho. 96

Capítulo VII

EFECTOS DEL ERROR COMUN. 97

74.- Enunciación. 97
I.- Efectos remotos. 97
75.- Forma en que se originan. 97
76.- a) El formulismo. 97
77.- b) La publicidad. 98
78.- Provienen directamente de su aplicación. 98
79.- a) Validación de lo actuado ilegalmente. 99
80.- Formas que puede revestir esta validación. 99
81.- b) Transformación de una situación aparente en situación real. 100
82.- c) La validación surte efectos sólo para el pasado. 101
83.- d) Queda sin aplicación, en el caso de que se trata, un texto legal. 101
84.- El error común ¿constituye Derecho? 102

Capítulo VIII

PARALELO CON OTRAS INSTITUCIONES JURIDICAS. 105

85.- Enunciación. 105
I.- El error común y el error vicio del consentimiento. 105

Escaneado con CamScanner

86.- Nociones sobre el error vicio del consentimiento. 105
87.- Similitud con el "error communis..." 105
88.- Diferencias. 106
II.- El error común y la prescripción. 107
89.- Nociones sobre la prescripción. 107
90.- Semejanzas. 107
III.- El error común y la cosa juzgada. 107
91.- Nociones sobre la cosa juzgada. 107
92.- Semejanzas con el error común. 108
IV.- El error común y la teoría de imprevisión. 109
93.- Noción de esta teoría. 109
94.- Similitud con el principio "error communis...". 109
V.- El error común y la inoponibilidad. 110
95.- Noción de la inoponibilidad. 110
96.- Vinculación con el adagio "error communis..." 110
VI.- El error común y el Derecho de Apariencia. 110
97.- ¿Qué es el Derecho de Apariencia? 110
98.- Vinculación con el error común. 111

Tercera Parte

CASOS DE APLICACION DEL ERROR COMUN ANTE LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACION CHILENA. 113

Capítulo I

VIGENCIA DE LA MAXIMA EN EL DERECHO CHILENO. 113

99.- Recapitulación. 113
100.-La máxima ante la ley chilena. 113
101.-La máxima ante la Jurisprudencia chilena. 116

Escaneado con CamScanner

102.- ¿Significa ello que en nuestro país no debe tener vigencia alguna la máxima? 118

Capítulo II

PRIMER CRUPO DE CASOS DE APLICACION: EJERCICIO ILEGAL DE FUNCIONES PUBLICAS. 119

I.- Ejercicio ilegal de la función de notario público. 119
103.- Caso de mayor aplicación en el Derecho moderno. 119
104.- La situación ante la doctrina. 119
105.- Situación del caso entre nosotros. 121
106.- Otros antecedentes jurisprudenciales. 126
II.- Ejercicio ilegal de otras funciones públicas. 128
107.- Distingo previo. 128
108.- Casos citados por la doctrina. 129
109.- Aplicación de estos principios en Chile. 130
110.- Conclusiones sobre la aplicación en Chile de la máxima "error communis" a los casos enunciados en este capítulo. 133

Capítulo III

SEGUNDO GRUPO DE CASOS DE APLICACION: PERSONERIA O CAPACIDAD PUTATIVAS. 134

I.- Habilidad putativa de los testigos. 134
111.- Es un caso de frecuente aplicación. 134
112.- La situación en la Doctrina. 134
113.- Jurisprudencia al respecto. 135
114.- El caso ante el Derecho Chileno. 136

Escaneado con CamScanner

II.-Mandatarios aparentes. 137
115.- Validación de sus actos en la Doctrina. 137
116.- Jurisprudencia francesa. 137
117.- Legislación chilena. 140
118.- Jurisprudencia chilena al respecto. 141
119.- Comentarios que merecen los antecedentes expuestos. 142
III.- Guardadores aparentes. 143
120.- La tutela de hecho. 143
121.- Aplicación de estos principios en Chile. 144
122.- Jurisprudencia chilena. 146
123.- Aplicación de la máxima a los guardadores aparentes. 147

Capítulo IV

TERCER GRUPO DE CASOS DE APLICACION: TITULARES APARENTES DE DERECHO. 149

I.- Heredero Aparente. 149
124.- El heredero aparente en la doctrina. 149
125.- Jurisprudencia sobre la heredero aparente en Francia. 150
126.- Las opiniones de los autores. 152
127.- Situación en el Derecho Chileno. 155
128.- Jurisprudencia de nuestros Tribunales. 157
129.- Conclusiones. 157
II.- Propietario aparente. 158
130.- La doctrina y jurisprudencia extranjeras. 158
131.- El caso en nuestro país. 160
132.- Jurisprudencia de nuestros Tribunales. 161
133.- Relación con el adagio en estudio. 162
III.- Acreedor aparente. 162
134.- La doctrina y la jurisprudencia extranjeras. 162

Escaneado con CamScanner

135.- Situación en el Derecho Chileno. 164
136.- El acreedor aparente y la máxima "error communis facit jus". 165

Capítulo V

CUARTO GRUPO DE CASOS DE APLICACION: LEGALIDAD PUTATIVA DE CONTRATOS. 166

I.- El matrimonio putativo. 166
137.- El caso en la doctrina y jurisprudencia extranjeras. 166
138.- En nuestro Derecho. 166
139.- Jurisprudencia sobre el matrimonio putativo. 167
140.- Diferenciación con el error común. 168
II.- Sociedad de hecho. 169
141.- La doctrina y la jurisprudencia extranjeras. 169
142.- En el Derecho Chileno. 170
143.- Jurisprudencia nacional. 170
144.- La sociedad de hecho y el error común. 171
Conclusiones. 172
145.- Concepto general sobre la aplicación del adagio. 172

BIBLIOGRAFIA. 173

INDICE. 178

MVV/OM/EC/JP.

Escaneado con CamScanner

Escaneado con CamScanner